



Celebrando 10 años

Los casos y los escritos premiados de las diez primeras ediciones
del Moot Madrid

Directores:

Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell

Coordinador:

Juan Pablo Rodríguez Delgado

I

Celebrando 10 años

Los casos y los escritos premiados de las diez primeras ediciones
del Moot Madrid

Directores:

Pilar Perales Viscasillas, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell

Coordinador:

Juan Pablo Rodríguez Delgado

I

Universidad Carlos III de Madrid

Primera edición: abril 2018

Edición limitada para participantes de la X edición

ISBN: 978-84-16829-24-8

Edición digital: Servicio de Biblioteca



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

Edición electrónica disponible en internet en e-Archivo:
<http://hdl.handle.net/10016/26606>

INDICE

Moot Madrid: diez años de historias	i
Caso I (año 2009)	1(2009)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Autónoma de Madrid	1(2009)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad Islas Baleares	1(2009)/C
Caso II (año 2010)	2(2010)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)	2(2010)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid	2(2010)/C
Caso III (año 2011)	3(2011)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)	3(2011)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid	3(2011)/C
Caso IV (año 2012)	4(2012)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad Carlos III de Madrid	4(2012)/D
• Escrito Contestación Ganador 1: Universidad de Los Andes	4(2012)/C1
• Escrito Contestación Ganador 2: Universidad Carlos III de Madrid	4(2012)/C2
Caso V (año 2013)	5(2012)
• Escrito Demanda Ganador: Universidad de Versailles St-Quentin-en-Yvelines	5(2012)/D
• Escrito Contestación Ganador: Universidad del Rosario	5(2012)/C



Moot Madrid: diez años de historias

Comienzos

El Moot Madrid es muchas cosas. Es una competición, una experiencia, y, para algunos, una inspiración. Pero al reunirnos para celebrar sus diez años, debemos recordar que el Moot es, sobre todo, una historia hermosa que, como todas las que cautivan, tiene mucho de voluntad e ilusión, de esfuerzo y generosidad, de confianza y suerte. Pero también, y al igual que todas las historias hermosas, tiene un comienzo.

El comienzo, que quizá no todos nuestros participantes conozcan, fue la victoria como mejor equipo de la fase oral del equipo de la Universidad Carlos III de Madrid, liderados por el profesor David Ramos Muñoz y asistido por los abogados David Cairns y Alicia Martín Blanco, en la 15ª edición del *Willem C Vis International Commercial Arbitration Moot*. Era la primera vez que un equipo de lengua española se alzaba con una victoria semejante. Era el primer golpe de suerte, uno que recompensaba muchos años de esfuerzo. Lograr la cifra de participaciones de la Universidad en los diversos Moorts no ha sido labor de un día, y tenemos que remontarnos al año 1996 para encontrar el punto de partida, pues en ese año inició la Universidad su andadura en la 5ª edición del Vis Moot bajo la dirección de la profesora Pilar Perales Viscasillas, continuando primero con el profesor David Ramos Muñoz y más recientemente con la profesora Tatiana Arroyo Vendrell. Pero en esa edición se respondía de manera categórica a la pregunta de si el “mooting” es una peculiaridad de la cultura jurídica anglosajona, o bien un concepto diverso, en el que había espacio para otras voces, con otros acentos.

Por tanto, la pregunta de si en el moot también había espacio para otras lenguas requería sólo un paso más, un paso que llegó tan rápido que casi ni nos dimos cuenta. Ese mismo día de la victoria, un eufórico Secretario General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Jernej Sekolec, proponía a unos no menos eufóricos profesores Rafael Illescas, actual Presidente de Honor del Moot Madrid, Pilar Perales y David Ramos, la creación, con apoyo de la CNUDMI de un Moot con la idea de potenciar el uso del idioma de Cervantes en el arbitraje mercantil internacional, y la difusión de los textos de Derecho Uniforme.

Recogimos el “guante” con mucha ilusión y bastante vértigo, y comenzamos nuestra primera edición en el año 2009 contando con nueve “valientes” equipos, que en su gran mayoría todavía a día de hoy son equipos participantes de la competición. Fueron los primeros gestos de confianza, sin los cuales esta novela nunca habría dejado el taller de sus autores.

Podría decirse que el Moot Madrid es como una novela encadenada, en la que diferentes autores escriben sus capítulos, con el reto de que todos ellos formen parte de la misma trama. Además del equipo de dirección, formado por Pilar Perales Viscasillas, David Ramos y Tatiana Arroyo, una de las piezas vitales es Virtudes Fresnadillo, y su

inestimable labor como Secretaria del Moot Madrid, y otra es el Prof. Juan Pablo Rodríguez, Coordinador del Moot Madrid. Y, puesto que, con el transcurrir de los años, el Moot Madrid crece, también ha debido crecer en organizadores, como la Prof. Mónica Lastiri, Ayudante de coordinación. Pocas experiencias pueden contar con un mejor equipo.

El taller de creación y sus conceptos: innovar dentro del canon

Una vez arrancada la narrativa, con sus primeros autores, había que decidir qué tipo de historia queríamos contar. Era una historia en español, pero el “canon” se había marcado en inglés, a través de la multitud de competiciones en ese idioma que poblaban el mundo. Habría sido perfectamente legítimo seguir enteramente la pauta marcada, y, en buena parte, lo hemos hecho. Pero el proyecto no nacía del afán de notoriedad, sino de la ambición y la curiosidad intelectuales, y no podía limitarse a reproducir un modelo de éxito sin aportar nada.

Dado que el objetivo siempre fue el de liderar un proyecto internacional que comunicase la mejor tradición del debate jurídico con el español y la cultura hispanoparlante, y lograr que los estudiantes recibiesen una formación integral, la competición debía respetar el canon anglosajón en su carácter práctico, con la simulación de un arbitraje real, la racionalidad y estructura analítica en el debate, por escrito y oralmente, y la simbiosis entre la universidad y la abogacía y la empresa. Pero era preciso unir la originalidad y experimentación latinas, en la que realidad y ficción se combinan, y el “es” es menos importante que el “y si fuera...” porque sólo planteándose los sucesos que pudieron ocurrir es posible prepararse para los que ocurrirán en el futuro.

Entendemos que esta filosofía intelectual encaja especialmente bien con el objetivo jurídico del Moot, como es el de potenciar el conocimiento y uso de los textos legales de Derecho Uniforme, tanto de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, como otros textos del Derecho Mercantil Internacional, que regulan el transporte internacional de mercancías, la insolvencia internacional, el comercio electrónico, etc. Al mismo tiempo, y por la propia estructura y funcionamiento del concurso, se trata de potenciar el recurso al arbitraje comercial internacional como medio usual de resolución de disputas en la contratación mercantil internacional.

Esta rama del Derecho, algo abandonada en otras Facultades, posee un interés que crece a pasos agigantados, pues un entorno cada vez más globalizado exige unas normas cada vez más globalizadas. Pero si estos textos deben formar a los profesionales del mañana, y si liderar el panorama formativo, como pretendemos, exige potenciarlos como un signo distintivo de calidad y excelencia, también es preciso enseñar a los estudiantes a salir de su zona de confort, y obligarles a que se planteen no los problemas que existen, sino los que podrían haber existido.

Los mecenas: apoyo institucional

Al igual que muchos escritores no habrían sido lo que fueron sin sus mecenas, editores, y las personas que los apoyaron, una parte importante de la estructura del Moot Madrid ha sido el apoyo institucional, la CNUDMI y, sobre todo, la propia Universidad Carlos III de Madrid. En su calidad de Rector, en aquel momento, Gregorio Peces-Barba, acogió entusiasta la idea del Moot Madrid, facilitando la creación de la estructura inicial

administrativa que durante años se ha ido tejiendo para propiciar el mejor desarrollo de la competición, gracias también a los apoyos sucesivos de los siguientes equipos rectorales con el Rector Daniel Peña Sánchez de Rivera, y en la actualidad con el Rector Juan Romo Urroz. A ellos se unieron nuestros sucesivos Decanos, en la actualidad con la Decana Rosa Rodríguez, así como nuestra propia red de alumnos de la UC3M participantes en Moots Internacionales agrupados bajo la ACMEY y que se encargan del diseño de los eventos sociales para los equipos durante la Competición, además de ser una ayuda inestimable en la propia organización de las audiencias.

En este sostén institucional, al que hay que añadir el económico, ha sido fundamental también la red de patrocinadores y colaboradores del Moot Madrid que han dado muestras sobradas de su apoyo a lo largo de estos diez años.

La colaboración con la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid es larga y duradera en el tiempo, y en su casa (nuestra casa también) se realiza habitualmente la gran Final de la Competición, Ceremonia de entrega de Premios y Clausura. Es de rigor agradecer públicamente tanto a la Cámara de Comercio como a la Corte, y especialmente a los que en estos años han presidido la última, Miguel Temboury, Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y Antonio Sánchez-Pedreño, y, por supuesto, a junto con quien fuera su Secretaria General durante muchos años, Elena Gutiérrez García de Cortazar, de manera muy especial el aliento y el inconformismo. El uso del Reglamento de Arbitraje de la Corte como herramienta procesal con la que hemos “armado” los casos del Moot Madrid ha permitido aterrizar la imaginación desbordante de algunos de nuestros casos en la mejor praxis, y la celebración en su sede de la Gran Final del Moot, también nuestra casa, a darle distinción.

Es preciso también nombrar a la firma KPMG y particularmente a su Departamento de Forensic, como patrocinadores del Moot Madrid durante los años 2012-2017. De nuevo es de justicia mencionar a Fernando Cuñado, Rocio Campos y especialmente a nuestra querida María Victoria Fernández-Elices.

Además de los patrocinadores, entre los colaboradores del Moot Madrid se dan cita los grandes despachos de Abogados que gustosamente nos abren sus puertas en cada edición para recibimos durante las audiencias, y que en esta X edición son: Baker & McKenzie, B. Cremades y Asociados, Clifford Chance LLP, CMS, Albiñana & Suárez de Lezo, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, DLA Piper, Garrigues, Gómez Acebo & Pombo, Pérez-Llorca, Ramón y Cajal Abogados, Roca Junyent y Uría Menéndez. También el Moot cuenta con el paraguas institucional del Club Español del Arbitraje (CEA), que ha apoyado decididamente el Moot desde hace ya varios años. A lo largo de sus diez ediciones, el Moot Madrid sólo ha incrementado el número de despachos colaboradores, que difunden también el Moot Madrid entre su red de contactos y newsletters o revistas especializadas a nivel internacional.

Igualmente, han participado árbitros de las firmas de abogados más importantes de nuestro país pero también del extranjero, entre otras: Fieldfisher, (London), WilmerHale (Londres), Rattagan Macchiavello Arocena & Pena Robirosa (Buenos Aires), Casahierro Abogados (Lima), Ernst & Young (Peru), Estudio Rodrigo, Elias & Medrano Abogados (Peru), Lefosse Advogados (Sao Paulo), Syndicate Executive at Steamship Mutual Management Services Ltd (Londres), Cardenas & Cardenas Abogados (Colombia), Posse Herrera Ruiz (Colombia) y Gimez-Pinzon Zuleta

(Colombia). Todos los años nos visitan árbitros de todas partes del mundo, incluyendo Perú, El Salvador, EEUU, Colombia, Alemania, Reino Unido, Italia, Portugal, Argentina o Brasil.

Al hilo del Moot Madrid se organizan premoots, como el habitualmente organizado por la Universidad Pontificia de Comillas, o el organizado por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) en Asunción (Paraguay) hace unos años, con motivo de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, que contó con la asistencia de cerca de 2000 participantes. No podemos más que estar agradecidos por estas muestras de afecto e interés.

Ahora sí, la historia y sus capítulos: del “es” al “poder ser”

Por tanto, tras los orígenes, sus escritores, y sus mecenas, llegamos a la parte de la historia que consiste, propiamente, en contar historias, y en la que, año tras año, dejamos nuestro sello más personal. Una constante de estos diez años, el sello de calidad del Moot Madrid, viene dado por el esfuerzo en cuidar todos los detalles académicos y prácticos de la competición. La elaboración del caso de cada año es una tarea compleja y delicada que requiere un equipo de personas. Del lado académico formado por el equipo del Moot Madrid, principalmente los profesores Ramos Muñoz, Perales Viscasillas, y Arroyo Vendrell, del lado profesional con la participación de los abogados de las firmas colaboradoras, y de los patrocinadores.

Los casos del Moot se caracterizan por la complejidad fáctica y jurídica, la diversidad de fuentes, al pivotar en torno a múltiples textos jurídicos, y la variedad de tipos contractuales: compraventa internacional, principalmente, pero también construcción, transporte internacional, garantías internacionales, leasing, derecho societario, o derecho de la competencia. Pero, sobre todo, son nuestra declaración más explícita de que, más que replicar la realidad, queremos mejorarla, y, para eso, es preciso imaginarla antes. Y con este propósito realizamos cada año la redacción del problema, con historias que comienzan simples, y que, de repente, toman vida, sin que podamos hacer nada al respecto. Un estudiante que pase a través de la experiencia de nuestros casos no encontrará la práctica profesional muy distinta, pero sí, quizás, ligeramente anodina.

Los casos son una declaración de intenciones en un segundo sentido, en la medida en que el Moot no es casualmente, sino orgullosamente, castellanoparlante. Por eso, y como sello distintivo del Moot Madrid, desde su I edición la mayoría de los personajes de los casos del Moot Madrid están tomados de obras maestras de la literatura en lengua española: Cervantes, García Márquez, Vargas Llosa, Leopoldo Alas “Clarín”, el Inca Garcilaso, Calderón de la Barca, Lope de Vega, Cortázar, Quevedo, o Gabriela Mistral. A la sombra de estos gigantes ¿se nos puede acusar de poner demasiada imaginación en los problemas?.

Por suerte, hemos sido siempre conscientes de la necesidad de anclar la imaginación en la realidad de las disputas transnacionales. Gracias a la fructífera colaboración con KPMG, hemos podido realizar *experimentos* innovadores en la formación de los alumnos participantes en el Moot Madrid, como la inclusión de “ficticios” informes periciales económicos o informáticos en el caso, y el examen o interrogatorio de los peritos durante las rondas finales de la competición.

El rigor y la calidad se ponen en valor a lo largo de los 6 meses de duración (aproximadamente) de cada edición del Moot Madrid. Desde el caso y su publicación, que representa el inicio de cada edición, hasta el proceso para la evaluación de la primera fase, la escrita, en la que cada equipo redacta los escritos de demanda y de contestación a la demanda. Con especial cuidado se atiende a su evaluación. Su entrega es en forma anónima (sin referencia a la Universidad de origen), de hecho, a cada equipo por cada escrito se le asigna un número en lugar del nombre de la Universidad y su evaluación tiene lugar en dos etapas.

En una primera, en la que cada escrito (ya sea de demanda o de contestación) es evaluado en forma anónima en 5 ocasiones, por 5 árbitros, profesionales del Derecho, nacionales e internacionales. En la segunda etapa, se nombra una Comisión de Calidad por cada escrito –una Comisión de Calidad para el Escrito de Demanda y otra Comisión de Calidad para el Escrito de Contestación a la Demanda- compuesta cada una por tres profesionales de excelencia, los cuales reciben los escritos que han alcanzado la puntuación más alta en la primera etapa y de nuevo de forma anónima evalúan los argumentos vertidos por los equipos en sus escritos, sus dotes escritas y su manejo de las fuentes, para determinar los galardones a los premios: Albert H Kritzer, al mejor escrito de Demanda, así como al mejor escrito de Contestación a la Demanda. En total, en estos diez primeros años del Moot Madrid, más de medio centenar de árbitros expertos nacionales e internacionales han formado parte de las sucesivas Comisiones de Calidad y aprovechamos estas líneas para expresar nuestro más sincero agradecimiento por su inestimable ayuda al llevar a cabo esta labor.

Por tanto, la innovación ha sido, y auguramos que será, una constante del Moot Madrid pues a las iniciativas recién mencionadas podemos añadir, como sucede en esta X edición y en otras, la inclusión de “sorpresas” que obligan a los participantes a reaccionar ante desarrollos inesperados: desde las sucesivas órdenes procesales que el tribunal arbitral puede emitir durante la competición, pasando por los testigos de última hora, que de forma sorpresiva deponen por videoconferencia o en persona, hasta la necesidad de manejar el impacto mediático de una disputa que puede irse rápidamente de las manos.

La historia desde sus personajes, y el Moot desde sus destinatarios

Todo lo anterior sería imposible si, además de con los personajes ficticios, el Moot no contara con sus verdaderos protagonistas: los estudiantes. Los equipos del Moot Madrid se forman con alumnos de la Licenciatura o Grado en Derecho, o cursos de especialización jurídica (Máster) de Universidades de todo el mundo. Además de equipos españoles, en el Moot Madrid han participado equipos de Francia, EEUU, Perú, Colombia, El Salvador, Brasil, Argentina, Costa Rica, Venezuela, Rusia, Polonia, etc. Sin embargo, pese a tratarse de alumnos excepcionales y altamente motivados, que buscan la superación y la excelencia, los entrenadores (“coaches” en el argot de los Moots) son una pieza esencial. Estos profesores, antiguos participantes y/o abogados que asumen con dedicación y compromiso la ardua tarea del proyecto juegan el papel esencial de guiar a los alumnos en la compleja dinámica de la competición.

El Moot Madrid, por tanto, está dirigido a estudiantes de Facultades de Derecho de todo el mundo, con especial énfasis en las Universidades españolas y latinoamericanas, que pretendan ofrecer una especialización teórico-práctica a sus alumnos, especialmente en el campo del arbitraje nacional e internacional, siempre que estos no sean abogados

ejercientes. Está dirigido a los profesionales nacionales e internacionales con interés en el derecho mercantil y arbitraje internacional, quienes podrán participar como árbitros en este importantísimo foro de encuentros, y plataforma de captación de talento.

Aunque la experiencia del Moot por cada uno de sus destinatarios es profundamente personal, algunas consideraciones son comunes. En primer lugar, el mayor mérito es para los estudiantes y sus preparadores, a los que cada universidad debe sus resultados, como la Universidad Carlos III de Madrid les debe su actual posición de privilegio y de referencia.

En segundo lugar, dichos estudiantes difícilmente pueden encontrar una mejor capacitación para la complejidad de la práctica legal en general, y el arbitraje internacional en particular. A lo largo del proceso, aprenden a investigar, usar alternativamente jurisprudencia y escritos académicos, redactar documentos extensos usando un lenguaje legal sofisticado, y usar adecuadamente las habilidades de abogacía para convencer a los árbitros de la posición de su cliente sin falsificar o inventar hechos, o de lo contrario torcer y distorsionar la verdad: el arte de la persuasión. Y todo eso puesto en una posición difícil, donde se deben tomar decisiones estratégicas, y el trabajo en equipo nunca se puede enfatizar lo suficiente.

La tercera conclusión es que ganar el Moot es todo menos vino y rosas. Publicado el caso los equipos participantes deberán aplicarse en la redacción de un complejo escrito, en el cual deberán representar la posición de la parte demandante. Esta tarea obliga a los estudiantes a realizar una profunda investigación en el plano técnico-jurídico, y, al mismo tiempo, a volcar los resultados de la misma en un documento de contenido práctico, donde la forma, expresión, y lenguaje resultan casi tan importantes como la sustancia. La segunda parte de la fase escrita obliga a cada equipo a enfrentarse al escrito de demanda de otro participante. Ello contribuye a potenciar las capacidades argumentativas de los estudiantes, a flexibilizar su razonamiento jurídico, así como a limarlo del dogmatismo del que, con frecuencia, quedan impregnados durante sus estudios de Derecho.

La última fase resulta la más espectacular, pues con los argumentos pulidos a lo largo de la fase escrita, los estudiantes deberán preparar la defensa oral del caso (al menos dos veces como demandante y dos veces como demandado). A través de la preparación oral se potencia una superior agilidad expositiva, así como la concisión a la hora de argumentar, aspectos todos ellos cruciales en el futuro desempeño profesional de los estudiantes. Para prevalecer, el equipo ganador tiene que defenderse del caso cuatro veces en las rondas generales, y uno más por cada ronda de eliminación, incluyendo la Gran Final. Un total de 7 alegatos en apenas 6 días (lo que es aún más sorprendente teniendo en cuenta que los últimos 4 se llevan a cabo en un día y medio.) A lo largo de varias etapas, se alienta a los árbitros a endurecerse con las preguntas, a presionar más con el tiempo límites, y, en general, hacer la tarea de los vencedores cada vez más difícil. Aunque el objetivo principal de la competencia es educar a los estudiantes, al final solo uno puede vencer, de modo que es preciso que el ganador se lo haya ganado.

La extraordinaria experiencia formativa que ofrece el Moot, se ve completada por la participación de los árbitros, profesionales expertos, que dejan de lado sus obligaciones para formar parte del Moot Madrid, no sólo en la fase escrita, sino también, y más visiblemente, en la fase oral, conformando los tribunales arbitrales de 3 miembros, y ofreciendo sus conocimientos, mediante los comentarios que trasladan a los equipos durante las audiencias de las rondas generales. Sólo en esta última edición se celebrarán

más de medio centenar de audiencias en rondas generales (sin tener en cuenta las eliminatorias), en más de 12 localizaciones y participarán más de 150 profesionales del Derecho.

Esta confluencia de estudiantes en formación y profesionales se extiende más allá de las audiencias, de las aulas y de las salas de los despachos, a los eventos sociales, que también tienen cabida a lo largo del Moot Madrid, tanto los desayunos o cócteles que brindan los despachos colaboradores tras las audiencias o los eventos que organiza la ACMEY (ya antes mencionada) para recibir y atender en Madrid a los estudiantes de todas las Universidades participantes o el foro de arbitraje que anualmente organiza el CEA-40 para los equipos o la excursión que tradicionalmente se organiza para los árbitros y entrenadores, y que ha permitido mostrar lo mejor de Madrid y sus alrededores, desde Toledo a Segovia, pasando por Aranjuez, El Escorial y lógicamente Madrid capital. Todos estos eventos ayudan también a conformar esta comunidad.

Finalmente, a medida que las competiciones se van sucediendo en el tiempo se produce otro fenómeno que trasciende al factor académico, profesional y jurídico de la competición: la colaboración de los antiguos participantes en la competición. La comunidad de intereses, la camaradería, la consciencia de formar parte de un grupo único, han contribuido a la formación a lo largo de estos diez años de un nutrido y exclusivo club del Moot Madrid, antiguos participantes de la Carlos III que no han dudado en prestar su ayuda desinteresada en la organización del Moot o en la preparación de los sucesivos compañeros. Con su esfuerzo y gran ilusión transmiten sus conocimientos y su experiencia a los diversos equipos, hasta el punto incluso que asumen labores como entrenadores de otros equipos distintos al del Moot Madrid o Viena y en la actualidad se agrupan en la ACMEY (Asociación para la Cultura del Mooting).

El productor y accionista de la obra: Beca MOOT MADRID/PCA

El MOOT Madrid ofrece en colaboración con la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (PCA-CPA) desde el año 2009 una beca de prácticas en su sede de La Haya, durante un período de doce meses entre alumnos de la Universidad Carlos III de Madrid. En la actualidad sólo un reducido grupo de Universidades se beneficia de este programa. Dado que el Moot Madrid es una competición que se autofinancia, y depende de patrocinios privados, estos sirven para sufragar los gastos generales de la competición, y para financiar la beca de la PCA en La Haya. De este modo, los recursos generadores gracias al esfuerzo colectivo del equipo del Moot Madrid retornan a sus principales beneficiarios, que pueden insertarse en una de las instituciones arbitrales de mayor prestigio mundial, y perseguir su sueño de una carrera internacional.

Pocos observadores son conscientes de en qué medida esta beca condiciona nuestro esfuerzo, y nuestra actitud ahorrativa. Al contrario que muchas compañías privadas, el Moot tiene un equipo gestor muy democrático, pero sólo un accionista, ese becario que, año tras año, enviamos a La Haya, y que marca buena parte de nuestra agenda, al tiempo que nos proporciona una gran satisfacción como docentes poder dar esta oportunidad a nuestros estudiantes.

El final del principio

Llegamos al final de esta introducción, en la que inevitablemente hemos tenido que incluir un sinfín de datos, con la esperanza de que el lector sepa vislumbrar detrás de cada uno de ellos un recuerdo, una ilusión, un acontecimiento de los que la historia del Moot Madrid está plagada. Pasamos página del décimo aniversario, en el que no podemos decir ya que somos unos recién llegados, pero sí que nos queda mucho por vivir juntos. Al cumplir diez años un niño ya no mezcla realidad y ficción (algo que nosotros no podemos prometer) pero sigue soñando despierto, y creyendo que todo es posible. Por delante tiene decisiones trascendentes, retos, y decepciones, pero también toneladas de entusiasmo, para que cada paso sume, y de curiosidad, para que cada problema sea un juguete nuevo.

En los aniversarios señalados la gente tiende a ponerse filosófica y pedante. Nosotros no queremos hacerlo, pero sí dejar testimonio de lo importante que es haber vivido este tiempo con todos vosotros. Con diez años es difícil hablar de Historia, con mayúsculas, pero sí de historia, como el relato de vivencias, anécdotas y experiencias. Y, como las mejores historias, aspiramos a que ésta viva de su tradición oral. Porque una historia sólo lo es cuando es contada, y, por más que el futuro esté lleno de incógnitas, tenemos la certeza de que seguiremos juntándonos para contarnos historias durante mucho tiempo.

Gracias por estos 10 años.

Matrice, 20 de abril de 2018

RELACIÓN DE PREMIOS DEL MOOT MADRID 10 PRIMERAS EDICIONES

I EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2009

Premio al mejor equipo en fase oral

(Entregado por Jesús Sainz, Presidente de Promomadrid)

Primer Puesto: *Universidad de Versalles*

Segundo Puesto: *Universidad Carlos III de Madrid*

Premio Eric E Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por Jerneck Sekolec, CNUDMI)

Primer Puesto: *Magaly Cobián (Universidad de Miami)*

Segundo Puesto: *René Irra (Universidad de Versalles) / Irene Gijón (Universidad Carlos III de Madrid)*

Tercer Puesto: *Sandra Olmo (Universidad Carlos III de Madrid)*

Mención honorífica: *Diego Pereira (Universidad de Miami)*

Premio Albert H Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Miguel Temboury, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Puesto: *Universidad Autónoma de Madrid*

Segundo Puesto: *Universidad Carlos III de Madrid*

Tercer Puesto: *Universidad de Versalles*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por Manuel Bermejo, Decano de la Universidad Carlos III de Madrid)

Primer Puesto: *Universidad de las Islas Baleares*

Segundo Puesto: *Universidad Autónoma de Madrid*

Tercer Puesto: *Universidad Carlos III de Madrid*

TRIBUNAL DE LA FINAL: Juan Fernández-Armesto (Abogado y Árbitro, España), Cliff Hendell (Abogado y Árbitro, España-USA) y Jernej Sekolec (Secretario General de la CNUDMI, Austria-Eslovenia).

II EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2010

Premio al mejor equipo en fase oral

(Entregado por el Prof. Rafael Illescas, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y Director de Moot Madrid)

Primer Puesto: *Universidad de Zaragoza*

Segundo Puesto: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Premio Eric E Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por Prof. David Ramos Muñoz y Prof. Tatiana Arroyo Vendrell, Profesores de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid y Coordinadores del Moot Madrid)

Primer Puesto: *Ana María Rodríguez Conde (Universidad Carlos III de Madrid)*

Segundo Puesto: *Alejandro Bes Garralaga (Universidad de Zaragoza)*

Tercer Puesto: *Juan Martínez (Universidad de Miami) y Jennifer Ruiz Moreno (Universidad Carlos III de Madrid)*

Premio Albert H Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Miguel Temboury, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Puesto: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Segundo Puesto: *Universidad de Versalles*

Tercer Puesto: *Universidad Católica de Asunción*

Mención honorífica: *Universidad Carlos III de Madrid*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por María Jesús González, Promomadrid)

Primer Puesto: *Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Puesto: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Tercer Puesto: *Universidad Católica de Asunción*

Mención honorífica: *Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN)*

TRIBUNAL DE LA FINAL: **Bernardo Cremades (Abogado y Árbitro, España), José Angello Estrella-Faria (Secretario General de la UNIDROIT, Brasil-Italia) y Miguel Temboury Redondo (Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid, España).**

III EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2011

Premio al mejor equipo en fase oral

(Entregado por Alfonso Cuenca, Viceconsejero de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid)

Primer Premio: *Universidad de Versalles*

Segundo Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Premio Eric E Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por Miguel Temboury, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Christine Momal (Universidad de Versalles)*

Segundo Premio: *María del Pilar Chávez (Universidad de Versalles) y Blanca Ollero Escrivá de Romani (Universidad Carlos III de Madrid)*

Tercer Premio: *María Lourdes Ortiz (Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN))*

Mención honorífica: *Omar Vaquerano (Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN))*

Premio Albert H Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Arturo Fernández, el Presidente de la Cámara de Comercio de Madrid y CEIM Confederación Empresarial de Madrid-CEOE)

Primer Premio: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Segundo Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Tercer Premio: *Universidad de Versalles*

Mención honorífica: *Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN)*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por el Prof. Rafael Illescas, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y Director de Moot Madrid)

Primer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Premio: *Universidad de Versalles*

TRIBUNAL DE LA FINAL: Carmen Alonso Ledesma (Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid, España), Calvin Hamilton (Abogado y Árbitro, Jamaica-España), Miguel Temboury Redondo (Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid, España).

IV EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2012

Premio al mejor equipo en fase oral

(Entregado por Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Premio: *Universidad de Versalles*

Premio Eric E Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por Miguel Corsini, Vicepresidente Primero de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid)

Primer Premio: *María Velarde (Universidad Carlos III de Madrid)*

Segundo Premio: *Paula Cabrera (Universidad de Versalles)*

Tercer Premio: *Guillermo Cabrera (Universidad Francisco de Vitoria)*

Mención honorífica:

*Estefania Nasielski, Universidad de Miami,
Marta Maciá, Universidad Carlos III de Madrid y
Marta Loubet, Universidad de París Dauphine*

Premio Albert H Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Fernando Cuñado, socio de KPMG)

Primer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Premio: *Universidad de Versalles*

Tercer Premio: *Universidad Católica de Asunción*

Mención honorífica: *American University Washington College y Universidad Industrial de Santander*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por la Prof. Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho Mercantil y Directora del Moot Madrid)

Primer Premio: *Universidad de los Andes y Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Premio: *Universidad de Antioquia*

Tercer Premio: *Universidad Francisco de Victoria*

Mención honorífica: *Universidad de la Rioja*

TRIBUNAL DE LA FINAL: José Ricardo Feris (Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París) (República Dominicana/Francia), Carmen Núñez-Lagos (Abogada y Árbitro, Francia-España) y Fernando Marcondes (Abogado y Árbitro, Brasil).

V EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2013

Premio al mejor equipo en fase oral

(Entregado por Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Segundo Premio: *Pontificia Universidad Católica del Perú*

Tercer Premio: *Universidad de São Paulo y Universidad del Rosario*

Premio Eric E Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por el Prof. Rafael Illescas Ortiz, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid y Director de Moot Madrid)

Primer Premio: *Raquel Hurtado Soto (ICADE)*

Segundo Premio: *Juan Miguel Álvarez (Universidad del Externado)*

Tercer Premio: *Isadora Maria Gomes de Almeida (Universidad de São Paulo) y Tamara Martínez Guerreros (Universidad de La Rioja)*

Mención honorífica: *Irene Ortiz de Zarate (Universidad de La Rioja) y Elia Cerrato García (Universidad Carlos III de Madrid)*

Premio Albert H Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Rocío Campos, Socia de KPMG Forensic)

Primer Premio: *Universidad de Versalles*

Segundo Premio: *Pontificia Universidad Católica del Perú*

Tercer Premio: *Universidad de Las Islas Baleares y Universidad de São Paulo*

Mención honorífica: *Grado ESADE*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado Elena Gutiérrez García de Cortaza, Letrada de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Universidad del Rosario*

Segundo Premio: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Tercer Premio: *Universidad de Antioquia*

Mención honorífica: *Universidad de Las Islas Baleares*

TRIBUNAL DE LA FINAL: Miguel Angel Fernandez Ballesteros (Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid, España), Guido Santiago Tawil (Abogado y Catedrático de Derecho Administrativo, Argentina) y Eduardo Zuleta (Abogado y árbitro, Colombia).

VI EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2014

Premio al mejor equipo en fase oral

(Entregado por Elena Gutiérrez García de Cortázar, Letrada Jefe de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Pontificia Universidad Católica del Perú*

Segundo Premio: *Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Tercer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Nacional de Colombia*

Premio Eric E Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por la Prof. Pilar Perales Viscasillas, Directora del Moot Madrid)

Primer Premio: *Carlos Seseña Baquero (Universidad Pontificia de Comillas (ICADE))*

Segundo Premio: *Jennifer Felipe (Universidad de Miami)*

Tercer Premio: *Jeffer Leonardo Castañeda Jiménez (Universidad Católica de Colombia)*

Mención Honorífica:

Sara Chaidín Ortells (Universidad Carlos III de Madrid)

Lizeth Rodríguez Portal (Universidad de Lima)

Premio Albert H Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Carmen Venegas, Directora del Club Español del Arbitraje)

Primer Premio: *Universidad Católica San Pablo*

Segundo Premio: *Universidad Pablo de Olavide y Universidad Jaume I*

Tercer Premio: *Universidad Nacional de Colombia*

Mención Honorífica: *Universidad de Los Andes*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por Fernando Cuñado, Socio KPMG Forensic)

Primer Premio: *Universidad Pablo de Olavide*

Segundo Premio: *Universidad Católica San Pablo*

Tercer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Mención Honorífica: *Universidad de Miami*

Mención al mejor interrogatorio en la final

(Entregado por María Victoria Fernández-Elices, KPMG Forensic)

Pontificia Universidad Católica del Perú

Premio al mejor laudo

(Entregado por Juan Romo Urroz, Rector de la Universidad Carlos III de Madrid)

Primer Premio: *Universidad Católica San Pablo*

Segundo Premio: *Universidad de Miami*

Tercer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

TRIBUNAL DE LA FINAL Y DEL PREMIO AL MEJOR LAUDO: Diana C. Droulers (Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas de Caracas, Venezuela), Elena Gutiérrez García de Cortázar (Secretaria General de la Corte de Arbitraje de Madrid, España) y Maria Vicien Millburn (Árbitro, España-Argentina).

VII EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2015

Premio al mejor equipo en la fase oral

(Entregado por Elena Gutiérrez García de Cortázar, Letrada Jefe de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Pontificia Universidad Católica del Perú*

Segundo Premio: *Universidad de Miami*

Tercer Premio: *Universidad de Costa Rica y Universidad de São Paulo*

Menciones Honoríficas: *Universidad Carlos III de Madrid, Universidad del Pacífico, Universidad Francisco Marroquín y Universidad Nacional de Colombia*

Premio Eric E. Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por la Prof. Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho Mercantil y Directora del Moot Madrid)

Primer Premio: *Fábio Murta Rocha Cavalcante (Universidad de São Paulo)*

Segundo Premio: *María Isabel Chaparro Alvarado (Universidad Nacional de Colombia)*

Tercer Premio: *Sophia Fiorella Villalta Chong (Universidad de Costa Rica)*

Menciones Honoríficas: *Mauricio Duarte Lau (Universidad Francisco Marroquín), Boris Molina Mathiew (Universidad de Costa Rica), Kevin Correa (Universidad de Miami), Eva María López Córdova (Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN), Laura Vallés Méndez (Universidad Carlos III de Madrid), Marek Szolc (Universidad de Varsovia), Jaime Sémelas García-Urgelés (ICADE), Bernardo Augusto Agrizzi Mergár (Universidad de São Paulo), y Teresa López Tur (Universidad de Las Islas Baleares)*

Premio Albert H. Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por David Arias, Presidente del Club Español del Arbitraje)

Primer Premio: *Universidad Jaume I de Castellón*

Segundo Premio: *CUNEF*

Tercer Premio: *Universidad de Los Andes (Colombia)*

Mención Honorífica: *Pontificia Universidad Católica del Perú*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por María Luisa Yepes, Directora del área de KPMG Forensic)

Primer Premio: *Centro Universitario Villanueva*

Segundo Premio: *Universidad Jaume I de Castellón*

Tercer Premio: *Fundación ESADE*

Mención Honorífica: *Universidad Pablo de Olavide*

Mención “in extremis”: A la mejor reacción en las circunstancias más complicadas (Incorporación de la declaración de un testigo a la exposición oral)

(Entregado por David Cairns, socio en B. Cremades & Asociados)

Pontificia Universidad Católica del Perú

Premio al mejor laudo

(Entregado por Manuel Bermejo, Decano de la Universidad Carlos III de Madrid)

Mateo de Villalonga Zaforteza, Universidad de Las Islas Baleares

TRIBUNAL DE LA FINAL: Elena Gutiérrez García de Cortázar (Letrada Jefe de la Corte de Arbitraje de Madrid, España), José Moreno Rodríguez (Abogado, Árbitro y profesor, Paraguay) y Jorge Oviedo Albán (Abogado, Árbitro y Profesor, Colombia)

COMISIONES DE CALIDAD:

-Escrito de Demanda: Martín Doe (Asesor Jurídico Senior en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA-PCA), Canadá-Holanda), Susana Pérez Escalona (Profesora de Derecho Mercantil, Universidad de La Rioja, España), Alejandro Osuna González (Abogado, México) y Roberto Río Ossas (Profesor de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile).

-Escrito de Contestación a la Demanda: Guillermina Ester Rodríguez (Abogada, España), Vilma Sánchez del Castillo Letrada. Sala Constitucional (Costa Rica) y Álvaro Vidal Olivares Profesor Titular Derecho civil Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Mención “in extremis”: A la mejor reacción en las circunstancias más complicadas (Incorporación de la declaración de un testigo a la exposición oral): David A. Cairns (Abogado y Árbitro, Nueva Zelanda-España).

VIII EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2016

Premio al mejor equipo en la fase oral

(Entregado por Antonio Montejo Stuyck, Letrado de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: *Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*

Segundo Premio: *Universidad de São Paulo*

Tercer Premio: *Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Premio Eric E. Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por Rocío Campos, Socia KPMG Forensic)

Primer Premio: *Alexandre Picón (Universidad Carlos III de Madrid)*

Segundo Premio: *Javier Anaya (Universidad Carlos III de Madrid)*

Tercer Premio: *Alejandra Pallares (Universidad Nacional de Colombia) y José Ricardo Maestro (Universidad Complutense de Madrid)*

Menciones honoríficas: *Sonia Queija Alvarado (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas), Lucero Garcia Silva (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas), Beatriz Uchoas (Universidad de São Paulo), Priscila Matulaitis (Universidad de São Paulo), Florencio Gramajo (Universidad Francisco Marroquín), Javier Alberite (Universidad Pontificia de Comillas), Itziar Garcimartin Bailón (Universidad CEU San Pablo), Niccole Lafosse (Universidad de Miami), Claudia Gonzalo (ESADE Law School) y Francisco Arroyo (Universidad de Cádiz).*

Premio Albert H. Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por David Arias Lozano, Presidente del Club Español del Arbitraje)

Primer Premio: *Universidad Jaume I*

Segundo Premio: *Universidad Francisco Marroquín y Universidad Católica San Pablo*

Tercer Premio: *Universidad de Las Islas Baleares*

Mención Honorífica: *Universidad Santo Tomás de Bucaramanga*

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por el Prof. Rafael Illescas Ortiz, Presidente de Honor del Moot Madrid)

Primer Premio: *Universidad de Cádiz y Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Premio: *Universidad Francisco Marroquín*

Tercer Premio: *IE Universidad*

Mención Honorífica: *Universidad de Las Islas Baleares*

Premio al equipo más completo:

(Entregado por la Prof. Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho Mercantil y Directora del Moot Madrid)

Primer Premio: *Universidad Carlos III de Madrid*

Segundo Premio: *Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*

Tercer Premio: *Universidad de São Paulo*

Mención Honorífica: *Universidad de Las Islas Baleares*

Mención de Honor al mejor interrogatorio pericial en semifinales
(Entregado por María Victoria Fernández Elices, KPMG Forensic)

Pontificia Universidad Católica del Perú

Mención de Honor al mejor interrogatorio en la final
(Entregado por Nazareth Romero, Abogada y Árbitro, Italia-España)

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Premio al mejor laudo
(Entregado por Rosa Rodríguez, Decana de la Universidad Carlos III de Madrid)

Luis Bravo Abolafia y Antonio Alexandre Marín Marín

TRIBUNAL DE LA FINAL: Joao Bosco Lee (Abogado, Árbitro y profesor de Universidad, Brasil), Ainhoa Vega (Abogada, España) y Ana Tobio (Catedrática de Derecho Mercantil Universidad de Vigo, España)

COMISIONES DE CALIDAD:

-Escrito de Demanda: Francisco Marcos, Profesor Titular de Derecho Mercantil, IE Universidad, España), Edgardo Muñoz (Profesor de Derecho Universidad de Guadalajara, México) y Raul Etcheverry (Catedrático de Derecho Mercantil, Argentina)

-Escrito de Contestación a la Demanda: Antonio Estella (Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad Antonio de Nebrija, España), Cesar Pereira (Abogado y Árbitro, Brasil) y Maximiliano Rodríguez (Profesor de Derecho Mercantil, Universidad del Externado, Colombia)

Mención de Honor al mejor interrogatorio pericial en semifinales
Perito: Julián Santos Sepúlveda de KPMG Forensic, España
Jurado: David Cairns (Abogado y Árbitro, Nueva Zelanda-España) y María Victoria Fernández Elices (KPMG Forensic, España)

Mención de Honor al mejor interrogatorio en la final
Perito: Javier García Chappell de KPMG Forensic, España
Jurado: Rocío Campos (Socia de KPMG Forensic, España) y Nazareth Romero (Abogada y Árbitro, Italia-España)

IX EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2017

Premio al mejor equipo en la fase oral

(Entregado por Antonio Sánchez-Pedreño, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: Pontificia Universidad Católica del Perú

Segundo Premio: Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN)

Tercer Premio: Universidad de Miami y Universidad Nacional de Asunción

Premio al equipo más completo

(Entregado por la Prof. Pilar Perales Viscasillas, Catedrática de Derecho Mercantil y Directora del Moot Madrid)

Primer Premio: Universidad de las Islas Baleares

Segundo Premio: IE Universidad

Tercer Premio: Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN)

Mención Honorífica: Universidad Francisco Marroquín

Premio Eric E. Bergsten al mejor orador individual en rondas generales

(Entregado por Rocío Campos, Socia de KPMG Forensic)

Primer Premio: Ana Gabriela Lemus (ESEN)

Segundo Premio: Arleen González (Universidad de Versailles-Paris Saclay)

Tercer Premio: Emanuel Salvador Retana Monturfar (Universidad Francisco Marroquín)

Mención Honorífica: Carlos Vidal Riudor (Universidad Pompeu Fabra), Jorge Andrés Mora Méndez (Universidad Carlos III de Madrid), Iván Bellod Díaz (Universidad de Las Islas Baleares) y Michael Rodríguez (Universidad de Miami)

Premio Albert H. Kritzer al mejor escrito de demanda

(Entregado por Carlos de los Santos, Vicepresidente del Club Español del Arbitraje)

Primer Premio: Universidad Nacional de Asunción

Segundo Premio: Universidad Jaume I de Castellón

Tercer Premio: Universidad de Versailles-Paris Saclay

Mención Honorífica: Universidad Carlos III de Madrid, Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN) y Universidad de Miami

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda

(Entregado por el Prof. David Ramos Muñoz, Prof. de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid y Coordinador del Moot Madrid)

Primer Premio: Universidad Jaume I de Castellón

Segundo Premio: Universidad Europea de Madrid

Tercer Premio: Pontificia Universidad Católica del Perú

Mención Honorífica: Universidad de Cádiz, Universidad de Las Islas Baleares y Universidad de São Paulo

Premio al mejor laudo:

(Entregado por Rosa Rodríguez, Decana de la Universidad Carlos III de Madrid)

María Viñas Sellas y José Luis Ruiz de Castañeda Entrena

TRIBUNAL DE LA FINAL: Beatriz de Paz Gútiez (Jefe de Departamento en la Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), España); Dário Moura Vicente (Catedrático de la Universidad de Lisboa, Portugal); y Lauro Gama Jr. (Abogado, árbitro y profesor, Brasil)

COMISIONES DE CALIDAD:

-Escrito de Demanda: Elina Mereminskaya (Abogada en Chile en Wagemann y Cia Abogados e Ingenieros), Julio Costas Comesaña (Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Vigo y ex Vocal de la Comisión Nacional de la Competencia, España) y Susana Pérez Escalona (Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de la Rioja, España).

-Escrito de Contestación a la Demanda: Rodrigo Momberg Uribe (Prof. de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile), Javier Antonio Tobar, Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y Asistente de la Magistratura Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador), y Fernando Cachafaeiro García (Profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de A Coruña y Vocal del Consejo Gallego de Competencia, España).

X EDICIÓN DEL MOOT MADRID: 2018

Premio al mejor equipo en la fase oral:

(Entregado por el Rector de la Universidad Carlos III de Madrid, Juan Romo Urroz)

Primer Premio: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Segundo Premio: UNIVERSIDAD DE SAN PABLO (Perú)

Tercer Premio: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
UNIVERSIDAD PARIS-SACLAY

Premio al equipo más completo:

(Entregado por Antonio Sánchez-Pedreño, Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid)

Primer Premio: UNIVERSIDAD DE SÃO PAULO

Segundo Premio: UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Tercer Premio: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Mención Honorífica: UNIVERSIDAD PARIS-SACLAY

Premio Eric E. Bergsten al mejor orador individual en rondas generales:

(Entregado por Eric E. Bergten)

Primer Premio: CAROLINA STAMPONE, UNIVERSIDAD DE SÃO PAULO

Segundo Premio: EDUARDO BECERRA, UNIVERSIDAD DE SÃO PAULO

Tercer Premio: GUILLERMO GIMÉNEZ AGUDO, UNIVERSIDAD DE
ZARAGOZA

MARÍA CLARA MORENO, UNIVERSIDAD DE MIAMI

Mención Honorífica:

ANNA VERUSKA CURMÁ, UNIVERSIDAD DE PARIS-SACLAY

GIULIA CAVALLIERO, UNIVERSIDAD DE SÃO PAULO

HERNAN CASTRO TOVAR, UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS
APLICADAS

JASON STUARDO RUIZ MARTÍNEZ, UNIVERSIDAD FRANCISCO
MARROQUÍN

JOSÉ CARO CATALAN, UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

MARTA MARIÑO BONO, UNIVERSIDAD EUROPEA DE MADRID

SARA MORO GÓMEZ-BERNARDO, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Premio Albert H. Kritzer al mejor escrito de demanda:

(Entregado por Rafael Illescas Ortiz, Presidente de Honor del Moot Madrid)

Primer Premio: UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

Segundo Premio: UNIVERSIDAD DE MIAMI

Tercer Premio: UNIVERSIDADE DE PARIS SACLAY

Mención Honorífica:

FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY(FIU)/UNIVERSIDAD CATÓLICA
ANDRÉS BELLO(UCAB)
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN

Premio al mejor escrito de contestación a la demanda:

(Entregado por Seguimundo Navarro, Secretario del Club Español del Arbitraje)

Primer Premio: UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Segundo Premio:

FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY(FIU)/UNIVERSIDAD
CATÓLICA ANDRÉS BELLO(UCAB)
PONTIFICIA UNIVERISDAD CATÓLICA DEL PERU

Tercer Premio: UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS (ICADE)

Mención Honorífica:

UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN
UNIVERSIDAD DE CADIZ

Premio Mención de Honor Mejor Campaña Mediática Demandante:

(Entregado por Martín Doe, Consejero Legal, Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya)

Primer Premio: UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

Segundo Premio: UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES

Tercer Premio: UNIVERSIDAD DE PARIS-SACLAY
UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN

Premio Mención de Honor Mejor Campaña Mediática Demandado:

(Entregado por Santiago Antón Martín, Subdirector General Adjunto Naciones Unidas MAAEE)

Primer Premio: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Segundo Premio: UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

Tercer Premio: UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO

COMSIONES DE CALIDAD DE LOS ESCRITOS:**-Escritos de Demanda:**

- Prof. Elsa Diaz Oliveira (Profesora en la Universidad de Lisboa, Portugal)
- Dyala Jiménez (DJ Arbitraje, Costa Rica)
- Prof. Valentín López Álvarez (Profesor de la Universidad de la Habana, Abogado de la Consultoría Jurídica Internacional y Arbitro de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, Cuba).

-Escritos de Contestación a la Demanda:

- Guido Carducci (Árbitro Internacional, ex Jefe de la Sección de Derecho Internacional de la UNESCO, París - Roma - Londres)
- Eduardo Grebler (Socio fundador de Grebler Advogados, Brasil)
- Prof. Iván Heredia (Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma de Madrid, España).

COMSIONES DE CALIDAD DE LAS MENCIONES DE HONOR A LA MEJOR CAMPAÑA MEDIÁTICA:**-Parte demandante:**

- María Victoria Fernández Elices, Directora en KPMG Forensic
- Javier Fernández González. Jefe de Prensa. Dirección Corporativa de Comunicación MAPFRE
- Maria Vicien-Milburn, Árbitro Internacional, ex Directora de la División de Asuntos Jurídicos Generales de la ONU
- Anxo Tato Plaza, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Vigo, y Secretario General Técnico de Autocontrol

-Parte demandada:

- Alfredo Cuadra, Presidente de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)
- Jesús Echevarría Fernández, Director General de Comunicación y Relaciones Institucionales de INDITEX
- Julio González Soria, Árbitro internacional, expresidente de la Corte de Arbitraje de Madrid

LISTADO DE UNIVERSIDADES PREMIADAS POR PAÍSES

Brasil

Universidade de São Paulo

Colombia

Universidad de Antioquia

Universidad Católica de Colombia

Universidad de Los Andes

Universidad de Nariño

Universidad Industrial de Santander

Universidad del Externado

Universidad Nacional de Colombia

Universidad Santo Tomás de Bucaramanga

Costa Rica

Universidad de Costa Rica

El Salvador

Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN)

España

Centro Universitario Villanueva

Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF)

ESADE

IE Universidad

Universidad Autónoma de Madrid

Universidad Carlos III de Madrid

Universidad Complutense de Madrid

Universidad de Cádiz

Universidad de La Rioja

Universidad de las Islas Baleares

Universidad de Zaragoza

Universidad Europea de Madrid

Universidad Francisco de Vitoria

Universidad Jaume I

Universidad Pablo de Olavide

Universidad Pompeu Fabra

Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

Estados Unidos

American University Washington College

*International University/Universidad Católica Andrés Bello (FIU-UCAB)
(EEUU/Venezuela)*

Universidad de Miami

Francia

Universidad de París Dauphine

Universidad de Versalles

Universidad de Versalles

Universidad de Paris Saclay

Guatemala

Universidad Francisco Marroquín

Paraguay

Universidad Católica de Asunción

Universidad Nacional de Asunción

Polonia

Universidad de Varsovia

Perú

Pontificia Universidad Católica del Perú

Universidad Católica San Pablo

Universidad de Lima

Universidad de San Pablo

Universidad del Pacífico

Universidad del Rosario

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Venezuela

International University/Universidad Católica Andrés Bello (FIU-UCAB)
(EEUU/Venezuela)

**LISTADO DE UNIVERSIDADES PARTICIPANTES EN LAS DIEZ
EDICIONES DEL MOOT MADRID**

Argentina

Universidad Austral

Brasil

Universidad de São Paulo

Colombia

Universidad de Antioquia

Universidad Católica de Colombia

Universidad de Los Andes

Universidad de Nariño

Universidad del Externado

Universidad del Rosario

Universidad de La Sabana

Universidad Industrial de Santander

Universidad Nacional de Colombia

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC)

Universidad Santo Tomás de Bucaramanga

Costa Rica

Universidad de Costa Rica

Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT)

El Salvador

Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN)

Universidad Evangélica de El Salvador

España

Centro Universitario Villanueva

Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF)

ESADE Master

ESADE Grado

IE Universidad

ISDE

Universidad Antonio de Nebrija

Universidad Autónoma de Madrid

Universidad Carlos III de Madrid

Universidad CEU San Pablo (España)

Universidad Complutense de Madrid

Universidad de Barcelona

Universidad de Cádiz

Universidad de Córdoba

Universidad de Girona

Universidad de Deusto

Universidad de La Coruña

Universidad de La Rioja

Universidad de Las Islas Baleares
 Universidad de Murcia
 Universidad de Oviedo
 Universidad de Valencia (Grado)
 Universidad de Valencia (Máster)
 Universidad de Zaragoza
 Universidad Europea de Madrid
 Universidad Francisco de Vitoria
 Universidad Jaume I de Castellón
 Universidad Pablo de Olavide
 Universidad Pública de Navarra
 Universidad Pompeu Fabra
 Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)
 Universidad San Antonio de Murcia

Estados Unidos

American University Washington College
 International University/Universidad Católica Andrés Bello (FIU-UCAB)
 (EEUU/Venezuela)
 Latin American Law Student Association" (LALSA), de "Brooklyn Law
 School"
 Universidad de Miami

Francia

Universidad de Montpellier
 Universidad de París Dauphine
 Universidad de París Saclay
 Universidad de Versalles

Guatemala

Universidad Francisco Marroquín
 Universidad de San Carlos

Paraguay

Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción
 Universidad Nacional de Asunción

Polonia

Universidad de Varsovia

Perú

Pontificia Universidad Católica del Perú
 Universidad Católica San Pablo
 Universidad de Lima
 Universidad del Pacífico
 Universidad del Rosario
 Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
 Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
 Universidad San Martín de Porres (Perú)

Portugal

Universidade Católica Portuguesa

Rusia

MGIMO (Instituto Estatal de Relaciones Internacionales de Moscú)

Venezuela

International University/Universidad Católica Andrés Bello (FIU-UCAB)
(EEUU/Venezuela)

I COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL (MOOT)

Universidad Carlos III de Madrid, España

8 enero-26 junio 2009

**Audiencias
22-26 junio 2009**

Organizado por:

**Universidad Carlos III de Madrid
Universia
CNUDMI/UNCITRAL**

Notificación del Arbitraje

Director Asesoría Legal
Industrias Mambrino (INMAM), S.A.
Avda. de Tosilos, n°17
Incaica, Andina

Frestonia, 15 de agosto 2008

1. Por la presente, Don Timonel de Carcajona, Director de Asesoría Legal de la empresa Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, con domicilio social en C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9º B, Frestonia, Cervantia, en nombre y representación de la misma, notifica a Industrias Mambrino (INMAM) SA, con domicilio legal en Avda. Tosilos no. 17, Incaica, Andina, conforme a lo dispuesto en el art.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, su voluntad de iniciar el presente procedimiento de arbitraje que involucra a las dos referidas sociedades.

Cláusula de resolución de disputas y derecho aplicable

2. De conformidad con el contrato de compraventa internacional suscrito entre las partes en fecha 3 marzo 2008, las sociedades TELCOM e INMAM acordaron someter sus disputas a arbitraje ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. La cláusula pactada por las partes establece lo siguiente:

“Resolución de controversias

(a) Resolución amistosa:

En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a intentar resolverlas negociando de buena fe y a través de la conciliación. Durante el periodo de negociaciones y durante la conciliación, las partes se comprometen a no iniciar ningún procedimiento arbitral o judicial. A falta de resolución de las desavenencias mediante estos métodos, las partes podrán iniciar un procedimiento arbitral.

(b) Arbitraje:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

La autoridad nominadora será el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya. El lugar del arbitraje será Matrice, MadrePatria. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el español.”

3. Existe en el contrato una cláusula de elección del derecho aplicable a favor de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías del que tanto Cervantia como Andina son Estados parte.

4. MadrePatria ha adoptado la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985, con las modificaciones de 2006. Tanto Cervantia como Andina han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional de 2002. Cervantia, Andina y MadrePatria son parte de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

5. De conformidad con el artículo 4(b) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, esta parte nombra como árbitro al Sr. ABC de nacionalidad ZZZ.

HECHOS

6. Mi representada, la sociedad demandante, es Televisores y Comunicaciones SA, y opera bajo el nombre comercial de TELCOM. TELCOM se dedica a la distribución de electrodomésticos. Dentro de este sector, los televisores representan el mayor porcentaje de su facturación. TELCOM forma parte del grupo LIEL, líder en la distribución de electrodomésticos en Cervantia, y con una fuerte presencia en los mercados de Trapobana, Pampa, Araucana, Maya y Cipango.

7. La demandada es la sociedad Industrias Mambrino SA, que opera bajo el nombre comercial de INMAM. INMAM forma parte del conglomerado de empresas CIAPAN, cuyas divisiones abarcan desde la industria pesada del ferrocarril, hasta la de los microchips. INMAM se especializa en la fabricación de televisores y otros electrodomésticos, si bien posee una presencia cada vez más fuerte en el campo de las computadoras. Ambas empresas, TELCOM e INMAM poseen una fructífera relación comercial, y han participado en proyectos conjuntos de marketing en la Feria Internacional del Electrodoméstico y la Feria del Televisor. Suele ser habitual que INMAM y TELCOM se informen mutuamente acerca de las últimas tendencias y desarrollos.

8. En los últimos años, la atención del sector se ha encontrado monopolizada por el paso al sistema de Televisión Digital Terrestre (TDT). La adopción del nuevo sistema DVB-T (*Digital Video Broadcasting - Terrestrial*) permitirá el uso de la modulación COFDM la cual mejorará la calidad de la imagen y sonido, y permitirá la recepción de más canales, y la prestación de más servicios. Como resultado de este proceso, los esfuerzos de desarrollo de nuevos productos y servicios se han centrado en televisores TDT, mientras el sector de los televisores con Tecnología Analógica Terrestre (TAT) se ha convertido en un mercado en liquidación.

9. El proceso de transición a la TDT se está realizando a través del impulso gubernamental. La Ley 47/2005 y el Decreto Presidencial 857/2005 sentaron las bases de este proceso, y fueron seguidos de una serie de normas técnicas. El objetivo es la total sustitución de la tecnología TAT por la tecnología TDT para junio de 2010. A tal efecto, las sucesivas normas establecieron los pasos a seguir en el proceso de instalaciones colectivas de recepción de televisión en el proceso de adecuación para la recepción de la TDT.

10. Este proceso, sin embargo, ha causado cierto desasosiego en la industria. En su “Informe 2006. Acercando la TDT a Nuestros Ciudadanos”, la organización TLT, que representa los intereses de fabricantes y distribuidores y, en general, de las empresas del

sector, manifestó públicamente su temor a que la nueva TDT implicase una homogeneización tal que impidiese a las empresas diferenciarse entre sí, compitiendo sólo en precio, y no en la calidad del servicio. A tal efecto, en su Sección de “Observaciones y Comentarios”, el Informe concluía que *“Sería deseable, pues, que la entusiasta acogida de la TDT realizada por las autoridades gubernamentales viniese acompañada de la voluntad de aprovechar esta oportunidad única para revolucionar el servicio a los ciudadanos. Por ello, recomendamos al Ministerio de Industria la adopción, al hilo del Plan TDT, de medidas de fomento, que ayuden a las empresas a extraer de la TDT todas sus posibilidades de cara a los consumidores”*.

11. El resultado de esta toma de postura consistió en la aprobación, el 10 de enero de 2007, del *“Plan TDT. La Televisión para el Ciudadano”*. Este plan resultaba más comprensivo que los anteriores, pues además de las disposiciones para la adecuación de las instalaciones de antenas colectivas receptoras, incluía medidas de fomento para la instalación de dispositivos externos, y de televisores con receptor integrado. Estas medidas suponían, en la práctica, que el Estado asumiese el coste de la instalación de receptores y televisores, lo que incluía el coste de instalación de cualesquiera dispositivos que tuviesen como objetivo, a partir de la tecnología TDT, mejorar el servicio al ciudadano. Ello se realizaría mediante el pago de subvenciones a aquellos operadores que presentasen proyectos que recibieran el visto bueno del Ministerio de Industria. La presentación de solicitudes se realizaría desde el 1 de junio al 30 de septiembre de 2009, y requeriría una memoria justificativa de la mejora que el servicio supondría para los consumidores, así como la justificación de encontrarse en disposición de proceder a la instalación inmediata, una vez concedida la subvención.

12. Esta medida supuso el pistoletazo de salida para que fabricantes comenzaran a desarrollar nuevos productos, y para que los distribuidores comenzaran a trabajar en estrategias de marketing, y paquetes de servicios. Aquél que lograra la mejor oferta, tendría la posibilidad de verla difundida en un plazo breve, y con un coste nulo de instalación. El éxito de la medida a la hora de fomentar la inversión en I+D y la potencial mejora para los consumidores ha supuesto que los gobiernos de Trapobana, Pampa y Cipango hayan anunciado medidas similares.

13. Éste es el contexto en el cual D. Alonso Quijano, Director de la Sección de Compras de TELCOM, mi representada, en fecha 10 de febrero de 2008, recibió una comunicación del Sr. Diego de Miranda, Director de la Sección de Ventas de INMAM (Documento de prueba no. 1). En esta notificación, INMAM ponía en conocimiento de mi representada la culminación del proceso de desarrollo de los nuevos televisores TDT-NEO, con tecnología RedNail. La tecnología RedNail permite transformar el televisor en un centro multimedia, y comunicarse con otros usuarios del mismo sistema, así como operar en red, como un ordenador (no en vano, los aparatos incorporan una suerte de CPU, que incorpora un sistema operativo, denominado INMAM Multimedia, basado en una versión del sistema LINATT, de uso libre). Esto abriría, según INMAM, una serie de posibilidades inimaginables de comunicación e interacción entre usuarios. Para ello, añadió D. Diego de Miranda, se necesitaría instalar el dispositivo VH3 (lo que quedaría cubierto por las ayudas gubernamentales). La propuesta resultaba muy atractiva para posicionarse en el segmento alto.

14. Mi representada se encuentra desde hace años en dura pugna por el mercado de Cervantia con Drake Industries, por lo que la posibilidad de situarse como líder en un

momento tan crítico resultaba en extremo atractiva. Por esta razón, D. Alonso Quijano contestó el día 12 de febrero, interesándose por los mencionados aparatos, y preguntando por sus dimensiones así como por el plazo en el cual podrían estar listos (Documento de prueba no. 2).

15. D. Diego de Miranda hizo llegar a D. Alonso Quijano la información relativa a las dimensiones de los nuevos aparatos en fecha 16 de febrero (Documento de prueba no. 3). Las medidas de los mismos (40 pulgadas) los situaban claramente dentro del tamaño “mediano”. Asimismo, el plazo de fabricación sería de 2 meses para cada 100.000 aparatos, a partir del 15 septiembre de 2008. D. Alonso Quijano consultó los listados de precios de INMAM para realizar sus cálculos. El mencionado listado, a fecha de 15 de febrero de 2008, establecía que, para televisores de tamaño “mediano”, el precio para mayoristas era de 2,500 euros por aparato (Documento de prueba no. 3). La oferta resultaba en extremo rentable para TELCOM. Por ello, D. Alonso Quijano pasó a encargar 450.000 aparatos (Documento de prueba no. 4) con entregas sucesivas de 150.000 aparatos el 15 de septiembre, y de 150.000 los días 15 de noviembre y diciembre, reservándose la posibilidad de solicitar anualmente el número que necesitase.

16. INMAM comenzó a realizar una campaña publicitaria por Internet, poniendo la información a disposición de diversos foros de consumidores. La acogida resultó bastante entusiasta, en un sector ya de por sí expectante ante los próximos acontecimientos. TELCOM comenzó una campaña para permitir a los consumidores reservar su televisor TDT-NEO con más de un año de antelación, para ser los primeros en la revolución digital terrestre.

17. Llegado este punto, comenzaron a surgir los problemas. En fecha 28 de marzo de 2008, TELCOM recibió una carta de Drake Industries, (Documento de prueba no. 5) en la que ésta última amenazaba con acciones legales si mi representada ponía en circulación la nueva gama de televisores. La base de las acciones legales con las que Drake Industries amenazaba a mi representada era múltiple. En primer lugar, se refería a la similitud de la marca de los televisores TDT-NEO, con las de los hornos microondas NAO, comercializados por Drake Industries. Por otro lado, Drake Industries alegaba que el sistema operativo de los televisores multimedia (INMAM Multimedia) tenía la misma base que un sistema previo, registrado por MACROHARD, denominado Media Periphery, y utilizado por los ordenadores comercializados por Drake Industries, por lo que se trataba de un caso claro de competencia desleal. Por último, Drake Industries alegaba que el soporte de aluminio de los televisores NEO guardaba intolerables similitudes con el utilizado por sus televisores de plasma NV-7 ½.

18. Tras diversas consultas con su equipo de asesoría legal, así como con el despacho Gades & Pernía (Documento de prueba no. 6), especialista en propiedad intelectual, la dirección de TELCOM llegó a la conclusión de que, si bien las reclamaciones de Drake Industries no eran atendibles jurídicamente, podían plantear complicaciones de cara a la comercialización de los productos, su posicionamiento como líder en innovación, así como enturbiar el proceso de solicitud de la ayuda pública. Por esta razón, en fecha 20 de abril de 2008 D. Alonso Quijano comunicó a D. Diego de Miranda la inquietud de la compañía, y su voluntad de minimizar el impacto de las quejas de Drake Industries (Documento de prueba no. 7). A tal efecto, TELCOM solicitó a INMAM la sustitución de los soportes de aluminio, y la obtención de un arreglo pacífico con MACROHARD relativa a la no infracción de sus derechos (por ejemplo, en la forma de una

comunicación de MACROHARD donde ésta declarase que sus derechos no han sido infringidos). Con ello, mi representada únicamente pretendía ejercer el derecho de toda parte compradora a ver corregidos los problemas que las mercancías adquiridas plantearen.

19. Estas pretensiones, razonables desde cualquier punto de vista para quien desea posicionarse como líder en innovación del mercado, se toparon con una actitud del todo reticente por parte de INMAM. De acuerdo con la respuesta de fecha 25 de abril de 2008, el Sr. Diego de Miranda manifestó que las acusaciones carecían de fundamento, y que lo adecuado sería que INMAM entregase los aparatos tal y como estaban, mientras mi representada asumía el riesgo y costes de un posible proceso judicial (Documento de prueba no. 8).

20. A la reticente respuesta de INMAM siguió alguna conversación telefónica en los días posteriores, donde se discutió acerca del riesgo que las amenazas de Drake Industries planteaban para la promoción de los televisores, sin que ninguna de las partes se movieran de sus posiciones iniciales. Por ello, el 1 de mayo D. Alonso Quijano se vio obligado a reclamar la sustitución en términos más perentorios (Documento de prueba no. 9). Mi representada incluso ofreció los datos de un proveedor que podía proporcionar los soportes de aluminio.

21. En este punto vino la mayor sorpresa para mi representada. En su contestación a D. Alonso Quijano, de 5 de mayo (Documento de prueba no. 10), el Sr. Diego de Miranda se negó rotundamente a cualquier acto de acercamiento a MACROHARD. En cuanto a la sustitución del soporte de aluminio, afirmó que mi representada debía correr con dicho coste. Por último, dando un giro incomprensible e inesperado a la negociación, comunicó que el precio por unidad de los televisores no sería de 2,500, sino de 3,500 euros. Por último, comunicó que la incorporación de los nuevos soportes retrasaría la entrega hasta el 15 de octubre.

22. Mi representada no pudo sino reflejar consternación ante la respuesta de INMAM. Por ello, en su respuesta de 9 de mayo de 2008 (Documento de prueba no. 11) D. Alonso Quijano clarificó que el precio por unidad era de 2,500 euros, y nunca 3,500, como sugería el Sr. Diego de Miranda. Asimismo, los costes inherentes a la sustitución de los soportes debían ser asumidos por INMAM, al tratarse de una cuestión de la que ellos eran responsables; y nunca de TELCOM.

23. Ante esta toma de postura firme por parte mi representada, INMAM respondió en notificación de 12 de mayo (Documento de prueba no. 12), atrincherándose en los 3,500 euros (realizando una lectura interesada del listado de precios de INMAM, entendiendo que los mismos debían calificarse como producto “de gran lujo”), y en el pago de los costes de sustitución/reparación por parte de mi representada. El descuento ofrecido suponía más una provocación que una auténtica rebaja. Por esta razón, D. Alonso Quijano mantuvo con D. Diego de Miranda varias conversaciones telefónicas durante los días 15 y 16 de mayo y, tras comprobar la injustificada obstinación del segundo, afirmó de modo tajante en su notificación de 16 de mayo (Documento de prueba no. 13) que la postura constituía un abuso inaceptable; y que INMAM no podía obligar a TELCOM a aceptar unas condiciones tan absolutamente draconianas por el simple hecho de que INMAM estimase que podía obtener más rendimiento del contrato con mi representada. Con ello, D. Alonso Quijano trató de dar a entender que INMAM no

podía imponer unilateralmente condiciones a mi representada, y que ese nunca podría ser el punto de partida de la negociación.

24. Tras esta toma de postura, mi representada razonablemente esperaba que INMAM hubiera comprobado que suponía un error presionar a un socio leal como mi representada, y continuara con el cumplimiento, entregando las primeras unidades en junio. Sin embargo, D. Alonso Quijano y mi representada esperaron en vano. INMAM no realizó ningún movimiento en los días siguientes, lo que condujo a D. Alonso Quijano, en fecha 21 de mayo de 2008, a una semana de que comenzaran a llegar las primeras unidades, a comprobar que el proveedor seguía teniendo los soportes de aluminio preparados, pero que no habían sido retirados, por lo que la sustitución no había podido producirse. Con un cierto desasosiego, D. Alonso Quijano se puso en contacto con el Sr. Diego de Miranda, para inquirir acerca de las causas del retraso (Documento de prueba no. 14).

25. En este punto llegó la última sorpresa, y la más desagradable, de cuantas INMAM tenía preparadas. Sin consultar previamente con mi representada, ni ponerlo en su conocimiento, INMAM había vendido a Drake Industries los aparatos pertenecientes a mi representada, declarando unilateralmente resuelto el contrato con ésta (Documento de prueba no. 15).

26. A pesar de todo, mi representada envió a INMAM una carta al día siguiente en la que negaba haber rechazado el pedido y solicitaba el inicio de la conciliación según lo establecido en el contrato (Documento de prueba no. 16). Casi un mes y medio después, y ante la falta de contestación de INMAM a la propuesta de conciliación, TELCOM envió una segunda carta reclamando el inicio urgente de la conciliación (Documento de prueba no. 17).

27. Transcurrido un mes desde el envío de la segunda carta y ante la urgencia de la situación, que se había visto agravada por la agresiva campaña publicitaria de pre-venta de televisores que Drake Industries estaba lanzando, a imagen y semejanza de la diseñada por TELCOM, pero añadiendo a la campaña de Internet una elevada y agresiva cobertura mediática, mi representada no tuvo otro remedio que movilizar los recursos legales a su disposición. El día 1 de agosto de 2008, TELCOM presentó ante los tribunales de Cervantia una solicitud de orden cautelar para detener la entrega de aparatos por parte de INMAM a Drake Industries. El Tribunal de Instancia de Frestonia dictó la citada orden con fecha 7 de agosto de 2008, por la que ordenaba al vendedor que no entregara los aparatos a Drake Industries. Dicha orden estaría en vigor hasta que se pronunciase el tribunal arbitral una vez constituido. Un día después de la orden de medidas cautelares, el día 8 de agosto, INMAM envió a TELCOM una carta en la que le comunicaba su intención de iniciar la conciliación (Documento de prueba No. 18). No obstante, la situación se había vuelto desesperada para mi representada, que se había visto obligada a solicitar las medidas cautelares y a comenzar el presente procedimiento arbitral, lo que se le comunicó a INMAM con la carta de fecha 15 de agosto de 2008 (Documento de prueba No. 19).

28. Asimismo, mi representada ha continuado con la preparación del proceso de solicitud de ayudas públicas, de cara a la presentación de su solicitud entre el 1 de junio y el 30 de septiembre de 2009. Para ello, ha incurrido en costes legales y de consultoría por valor de 200.000 euros. Asimismo, según se prevén en las bases del concurso

público la subvención a conceder es de 6.000.000 euros. Pese a que TELCOM estima que tendrá preparada la documentación necesaria para su presentación, si no pudiera justificar la titularidad de los aparatos en la fecha de solicitud, TELCOM perdería el derecho a cualquier tipo de ayuda.

Petición al tribunal arbitral

29. Por todo lo anterior, mi representada solicita al tribunal arbitral:

- Que permanezca en vigor la orden cautelar emitida por el tribunal de Frestonia hasta la emisión del laudo arbitral.

- Que declare que Televisores y Comunicaciones SA e Industrias Mambrino SA suscribieron un contrato de compraventa de 450.000 unidades de televisores por valor de 2,500 euros cada uno en aplicación de los artículos 14, 18.2 y 23 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías (en adelante, CISG).

- Que declare que existió un incumplimiento contractual por parte del vendedor de acuerdo con los artículos 42 y 49.1 a) CISG.

- Que, como consecuencia, el tribunal ordene al vendedor que entregue al comprador las 450.000 unidades, así como que realice las actuaciones necesarias para corregir los problemas presentes en las mercaderías contratadas, de conformidad con el artículo 46 (1), (2) y (3) CISG.

- Que, además de lo anterior, el tribunal condene al vendedor al pago de:

- 5,500,000 euros en concepto de incremento en los costes de promoción que tendrá que soportar TELCOM para encontrarse en la misma situación que si el contrato se hubiese cumplido.

- Para el caso de que TELCOM pierda el derecho a la ayuda pública, el incremento de costes correspondiente.

- Que condene a Industrias Mambrino al pago de todos los costes del arbitraje.

Fdo: Timonel de Carcajona

Director de Asesoría Legal
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA,
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºBFrestonia, Cervantia

Documento de prueba de la demanda no. 1

10 de febrero de 2008

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

A lo largo de los años en los que nuestras dos compañías llevan colaborando te hemos tenido al tanto de nuestros avances en el diseño, investigación y desarrollo de aparatos. Estos últimos han sido años algo turbulentos, debido a la futura migración al sistema TDT, lo cual ha generado algo de inquietud en el mercado ante el desarrollo de nuevos modelos.

Tengo la satisfacción de comunicarte que nuestros avances han llegado a buen puerto, y nos encontramos en disposición de lanzar al mercado la nueva generación de televisores TDT-NEO, con tecnología RedNail. La tecnología RedNail permite transformar el televisor en un centro multimedia. La dificultad del proceso (y aquí estriba en parte nuestra novedad) viene por la incorporación a los televisores de una CPU de última generación, que, junto con las enormes posibilidades de la TDT, permite a los usuarios del sistema operar en red, favoreciendo no sólo la interacción con el programador de televisión, sino entre usuarios. Para ello, hemos incorporado también un sistema operativo revolucionario, generado por nuestro equipo de I+D, y denominado INMAM Multimedia, basado en una versión del sistema LINATT, de uso libre. Las posibilidades de los nuevos TDT-NEO pueden desarrollarse mediante la instalación de un dispositivo VH3 en cada vivienda. No obstante, según entendemos de los últimos programas gubernamentales, este coste quedaría cubierto por las ayudas públicas.

Asimismo, debemos añadir, la incorporación de todo el *hardware* necesario se ha realizado en un aparato manejable y que, junto con su soporte, posee un diseño extremadamente novedoso y agradable a la vista, que permite un posicionamiento ventajoso entre los consumidores de gama alta.

Actualmente nos encontramos en disposición de satisfacer pedidos de este tipo de aparatos, un proceso en el cual estamos dando preferencia a nuestros mejores clientes. Espero que esta oferta sea de vuestro interés. Quedo, por lo demás, a tu disposición.

Un cordial saludo

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Incaica, Andina

Documento de prueba de la demanda no. 2

12 de febrero de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Recibo tus noticias con gran satisfacción. En efecto, el sector se encuentra revolucionado, y existe una competencia feroz por realizar la oferta más atractiva en cuanto a la variedad de servicios. Un producto como el que habéis desarrollado nos ayudaría enormemente para posicionarnos como líder en innovación de cara al segmento alto en los próximos meses.

No obstante, entenderás que necesito hacer mis números y sondear el mercado. Por ejemplo, nuestros números indican que la nueva generación prefiere televisores más manejables, y no tan aparatosos. Además, puesto que estás al corriente del programa de ayudas gubernamentales, la celeridad con la que se va a realizar el proceso de sustitución, y la intensidad de la competencia, no necesito decirte la importancia de contar con los aparatos con la suficiente antelación para preparar la solicitud de ayudas, y comenzar el proceso de “pre-venta” (reservas con más de un año de antelación, publicidad para ir educando a los consumidores, presencia en foros en Internet...). Por ello, me interesan fundamentalmente las dimensiones del aparato, así como el plazo en el que podríamos tener el pedido.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 3

16 de febrero de 2008

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

Me alegro mucho de vuestro interés. Permíteme decirte, con total sinceridad, que ésta puede ser una excelente oportunidad. El producto que hemos concebido posee una tecnología y diseño exclusivos e inéditos correspondiendo a la gama alta de estos productos tanto en vuestro mercado como a nivel internacional. La originalidad os garantizará una buena cuota de mercado.

Adjunto un folleto con las características técnicas del aparato, si bien no te hace falta para la información que me pides. Las dimensiones del modelo de aparato de televisión que queremos lanzar son de 40 pulgadas (nosotros también habíamos oído que los aparatos grandes no están teniendo buena recepción, y preferimos optar por aparatos de tamaño medio para el lanzamiento). En cuanto a los plazos, las instalaciones habilitadas por el momento tienen capacidad para gestionar 100.000 unidades cada dos meses, aproximadamente, comenzando a partir del 15 de septiembre. Adjunto asimismo el listado de precios con las últimas modificaciones, y las condiciones generales de venta.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA

Condiciones generales de venta

1. (“....)
2. (....)
3. *Se aplicarán los usos del país del vendedor.*
4. *Las mercancías se entregarán en condiciones FOB, Cervantia, Incoterms 2000”.*

Listado de Precios

[...]

Aparatos de televisión

[...]

TECNOLOGÍA TDT

[...]

PEQUEÑOS

26 pulgadas	1,900
-------------	-------

MEDIANO

40 pulgadas	2,500
-------------	-------

GRANDE

70 pulgadas	3,000
-------------	-------

GRAN LUJO

	3,500*
--	--------

[...]

* Actualizado a 15 de febrero de 2008

Documento de prueba de la demanda no. 4

3 de marzo de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

La información que me facilitaste ha resultado de gran utilidad para hacer mis cálculos. Te comunico que mis indagaciones han sido muy satisfactorias. En efecto, si se trata de un aparato tan novedoso como decís, puede resultar un éxito de ventas. Deseamos encargarnos 450.000 aparatos. Reiterando la importancia de la antelación, necesitaríamos que los mismos estuvieran listos en los próximos meses, con una entrega de 150.000 hacia el 15 de septiembre, y otras dos de 150.000 cada una los días 15 de noviembre y de diciembre.

Asimismo, te informo que tenemos la intención de reservarnos la posibilidad de realizar un pedido anual según las necesidades del mercado (oscilaría entre las 100.000 y 200.000 unidades, si nuestros cálculos son correctos) con las mismas condiciones que este pedido.

Espero que recibáis estas noticias con satisfacción. Ser los primeros a veces tiene su recompensa.

Recibe un cordial saludo,

Cc: adjunto cláusulas aplicables al contrato en formato Word.

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Condiciones Generales de compra

Cláusula nº6

Derecho aplicable

“El derecho aplicable al contrato será la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías (CISG). Para todo aquello que no esté expresamente previsto en la Convención, se aplicarán aquellos principios, reglas y normas que deriven de la práctica comercial internacional”.

Cláusula nº7

Resolución de controversias

“(a) Resolución amistosa:

En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a intentar resolverlas negociando de buena fe y a través de la conciliación. Durante el periodo de negociaciones y durante la conciliación, las partes se comprometen a no iniciar ningún procedimiento arbitral o judicial. A falta de resolución de las desavenencias mediante estos métodos, las partes podrán iniciar un procedimiento arbitral.

(b) Arbitraje:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

La autoridad nominadora será el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya. El lugar del arbitraje será Matrice, MadrePatria. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el español.”

Documento de prueba de la demanda no. 5

28 de marzo de 2008

Sr. D. Alonso Quijano
 Director de la sección de Compras
 Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
 C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB

Frestonia, Cervantia

Estimado señor:

Me pongo en contacto con Ud. en relación con cierto asunto que concierne los intereses de mi empresa, Drake Industries SA. Desde hace años, Drake Industries SA y Industrias Mambrino SA, si bien rivales en el mercado de los televisores y otros electrodomésticos, han mantenido unas relaciones cordiales y transparentes.

Por ello, no podemos sino reaccionar con estupor al comprobar que, dentro de la pre-campaña de lanzamiento de nuevos televisores TDT, presentada en foros de Internet y otra publicidad, Industrias Mambrino tiene la intención de comercializar aparatos que infringen los derechos de Drake Industries, legítimamente adquiridos mediante el correspondiente registro en la Oficina de Patentes y Marcas.

En primer lugar, la marca de los nuevos televisores TDT-NEO induce a confusión con la marca NAO, perteneciente a hornos microondas inteligentes, estandarte de Drake Industries en la comercialización de estos aparatos.

En segundo lugar, el sistema operativo anunciado para los nuevos televisores (INMAM Multimedia) infringe flagrantemente los derechos sobre un sistema operativo previo (Media Periphery), registrado por MACROHARD, y utilizado por los ordenadores comercializados por Drake Industries. Si bien Macrohard deberá tomar las decisiones oportunas en lo que a su derecho se refiere, Drake Industries no tiene en modo alguno la intención de dejar pasar una infracción tan flagrante de las reglas de la competencia leal y sana que debe primar en el mercado.

Por último, y lo que constituye el culmen de los abusos, el soporte de aluminio de los nuevos televisores NAO guarda un parecido descarado con el utilizado para nuestra generación de televisores de plasma NV-7 ½.

La puesta en el mercado de su producto supondría una clara infracción de nuestros derechos, que esta parte no piensa consentir. Por ello, le informamos de que cualquier acto de promoción y/o comercialización de sus nuevos televisores será recibido con las correspondientes acciones legales. Lamentamos profundamente que su firma nunca realizase las oportunas labores de comprobación, o consultase los necesarios expertos, y que tal negligencia nos obligue a emprender opciones tan drásticas.

Atentamente,

Sr. D. Corso Barbanegra
Director de Asesoría Jurídica
Electrodomésticos Drake SA
Avda.Ciudad América
Barataria, Cervantia

Documento de prueba de la demanda no. 6**GADES & PERNÍA
ABOGADOS Y ASESORES. PROPIEDAD INTELECTUAL E
INDUSTRIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA****INFORME SOBRE POTENCIALES RIESGOS LEGALES EN LA
COMERCIALIZACIÓN DE TELEVISORES TDT**

[...]

**II. INFRACCIÓN DEL DERECHO SOBRE LA MARCA NAO POR LA MARCA
TDT-NEO**

[...]

Por tanto, de acuerdo con este análisis, la situación de las marcas en diferentes categorías del Nomenclátor, junto con la diferencia gráfica entre ambas, y la imposibilidad de calificar la marca NAO como notoria o renombrada nos permiten descartar categóricamente el riesgo de asociación entre ambas.

**III. INFRACCIÓN DE DERECHOS EXCLUSIVOS SOBRE LA TECNOLOGÍA
DEL SISTEMA OPERATIVO MEDIA PERIPHERY POR LA TECNOLOGÍA
DEL SISTEMA OPERATIVO INMAM MULTIMEDIA**

[...]

Por consiguiente, podemos afirmar sin duda que ambos sistemas operativos poseen fundamentos distintos e inconfundibles. La única cautela se relaciona con las particularidades de la industria del *software*. Tal como hemos explicado anteriormente, en el caso del *software*, la industria se desarrolla mediante innovación secuencial, de modo que cada nueva tecnología parte de la base de innumerables innovaciones realizadas con anterioridad. Por tanto, la presencia de múltiples innovaciones en cada nuevo *software* incrementa la complejidad del análisis.

**IV. INFRACCIÓN DEL DERECHO SOBRE EL DISEÑO INDUSTRIAL DEL
SOPORTE DE ALUMINIO DE LOS TELEVISORES NV-7 ½**

[...]

Por todo lo anterior, entendemos que ambos diseños poseen registros distintos, y son diversos en cuanto al aspecto físico. No obstante, el campo del diseño industrial resulta muy incipiente en la práctica de los tribunales de Cervantía, por lo que resulta extremadamente complejo realizar un diagnóstico del riesgo legal con la misma fiabilidad con la que hemos expresado nuestras conclusiones en los apartados anteriores.

V. OTROS RIESGOS LEGALES

[...]

Las conclusiones de los apartados anteriores presentan una perspectiva favorable, caso de plantearse una eventual causa legal. Con todo, la parte presumiblemente reclamante, Drake Industries, posee un amplio historial de casos en materia de propiedad industrial, intelectual y competencia desleal, y su inversión en costes legales es la más elevada de todos los operadores del sector. En el pasado ha logrado paralizar la distribución de productos durante meses, si bien en un 80% de los casos sus reclamaciones han resultado desestimadas. Asimismo Drake Industries ha combinado con gran frecuencia las reclamaciones legales con la inserción de publicidad negativa en prensa. [...]

17 de abril de 2008

Jerry Morales

Jonathan Artapiles-García

Documento de prueba de la demanda no. 7

20 de abril de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Comprobarás, por la copia de la carta que te adjunto, que nuestros planes han sufrido alguna contrariedad. Drake Industries ha sido siempre un competidor molesto, y parece que ahora, justo en el momento en el cual nos encontramos en clara ventaja, piensa darnos batalla hasta el final. De acuerdo con nuestra experiencia, las amenazas de Drake son creíbles, pues utiliza reiteradamente los tribunales en su provecho, y ninguno deseamos un pleito masivo en unas circunstancias tan delicadas.

Sea como fuere, hemos consultado con nuestro Gabinete Jurídico, así como con asesores externos. Hemos llegado a la conclusión de que, si bien parece que ningún derecho ha sido infringido, cualquier sombra de duda es negativa, especialmente si se insta un proceso judicial; y, cuando se pretende ser líder, uno no sólo debe ser honesto, sino parecerlo (como la mujer del César).

Creemos, pues, que, si bien parece sensato ignorar las amenazas relativas a la infracción del derecho de marca, por resultar totalmente peregrinas, es necesario adoptar alguna medida en cuanto a las otras dos. En primer lugar, si bien somos conscientes de vuestras tensiones con MACROHARD en el sector del *software*, creemos necesario que obtengáis algún tipo de garantía por su parte de que no emprenderán acciones legales. Puesto que lleváis años compitiendo con sistemas operativos rivales, a ellos tampoco les interesa que nadie destaque la existencia de similitudes entre los mismos. No debería resultar difícil obtener una comunicación pública por su parte, donde declaren que vuestros sistemas operativos son diferentes y no tienen nada que ver. Ello tranquilizaría a los consumidores, y rebatiría cualquier pretensión de Drake Industries. En segundo lugar, creemos que sería necesario sustituir los soportes de aluminio de los televisores TDT-NEO por otros distintos, para que cualquier riesgo de confusión (ni jurídicamente actuable, ni de sospecha entre los consumidores) se disipe.

Lamentamos de veras las dificultades que este contratiempo pueda causaros, pero creemos que las medidas solicitadas redundarán en beneficio de todos.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 8

25 de abril de 2008

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

He leído tus líneas con atención y consternación. La sola pretensión de que exista algún riesgo de confusión entre las marcas TDT-NEO y NAO, en efecto, es absurda. Pero también lo son las demás pretensiones. Nuestro soporte de aluminio posee un diseño distinto al de sus televisores, porque nuestro Departamento de Diseño trabajó duro en ello; y, además, es un soporte mucho más ligero y manejable que el de los NV-7 ½.

Infundadas resultan asimismo las referencias al *software*. MACROHARD lleva años compitiendo contra el INMAM Multimedia (con tácticas poco limpias, debo decir) y con cualquier otro *software* derivado de LINATT o cualquiera de código abierto que se mueva. ¿Cómo vamos a estar comercializando dos *software* iguales? No es creíble. En todo caso, pedirnos que solicitemos a MACROHARD una declaración pública no haría sino darles una publicidad extra de sus productos, causándonos más problemas de los que queremos solucionar.

No deseo que me malinterpretes. Entiendo que la incertidumbre del mercado con un proceso tan radical como el que viene obliga a ser muy cautelosos. No obstante, también es necesario apostar por la propia oferta y moverse bien. No dudo de que, con la nueva generación de televisores, lo conseguiréis. Hacer caso de las amenazas de Drake Industries podría demorarnos indebidamente.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 9

1 de mayo de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

De acuerdo con la conversación telefónica mantenida ayer, reitero mi comprensión de tus razones y objeciones, que ya leí en tu carta. No obstante, seguimos pensando que, en este caso, sigue siendo necesario hacer todo lo posible para evitar problemas.

Para facilitaros la tarea, en aquello que nos resulta posible, os enviamos un gráfico y una muestra de otro soporte que podéis utilizar como sustitutos. Pertenecen a un proveedor de confianza cuyos datos te facilité por teléfono, y que también tiene establecimiento en Andina. Nosotros ya le avisamos para que apartara las piezas, y esperan vuestra llamada.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 10

5 de mayo de 2008

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

Como te imaginarás, sigo sin entender la obstinación en realizar tantos cambios. Creo que arreglar nuestras diferencias con MACROHARD es algo que concierne exclusivamente al nivel de dirección estratégica de nuestra empresa y a nadie más.

En cuanto a mis objeciones relativas a la sustitución de los soportes, en realidad iban más en beneficio vuestro que nuestro. Tras ponerme en contacto con el proveedor del que me diste los datos y hacer mis cálculos, el coste subirá unos 150 euros por unidad (100 por cada soporte, más el coste de transporte, montaje, etc.), ascendiendo a un total de 3,650 por cada aparato.

Asimismo, la necesidad de incorporar los nuevos componentes a cada aparato suponen que la primera remesa no estará lista antes del 15 de octubre, y no del 15 de septiembre, como habíamos planeado inicialmente. Procedemos de inmediato a implantar los cambios solicitados.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 11

9 de mayo de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Recibo tu notificación con algo de inquietud, pues, creo, debe haber habido algún error. Los aparatos que nosotros encargamos poseen las dimensiones de 40 pulgadas; esto es, pertenecen a la categoría “Mediano” de vuestra gama, a la cual corresponde un precio de 2,500 por unidad. Seguramente has confundido las cifras con las de otro pedido.

Asimismo, me temo que tengo que clarificar otra cuestión. La responsabilidad de proporcionarnos un producto que no causase problemas os correspondía a vosotros. Por tanto, también deben ser vuestros los costes de la mejora. Nosotros hemos hecho bastante facilitándoos el contacto del proveedor. Además, francamente, no creo que tengáis problemas cubriendo esos costes dado el volumen del pedido que hemos realizado.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 12

12 de mayo de 2008

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

En efecto, debe haber habido alguna confusión, pero tal confusión os afecta a vosotros exclusivamente. Cómo pudiste comprobar en nuestro listado de precios hace varios meses, los televisores de “Gran Lujo”, categoría a la cual pertenecen los aparatos que nos habéis encargado, tenían un precio de 3,500 euros cada uno, que es el precio que os cobraríamos en este pedido.

En lo que se refiere a los costes de modificación, me parece que lo que decís no tiene mucho sentido. Nuestra intención era la de proporcionaros unos productos en perfectas condiciones, y así era, antes de que os empeñaraís en realizar cambios de última hora. Hemos sido flexibles, y accedido a incorporar las modificaciones que habéis sugerido, pero eso debe tener un coste.

En cuanto a la referencia al volumen del pedido, parece que lleva implícita la solicitud de un descuento. Quizás no os percatéis de que el descuento va implícito en el precio. Cuando lanzamos nuestra nueva tecnología, el precio ofertado para los televisores de “Gran Lujo” se puso inicialmente en 3,500 euros. Realizada una serie de estudios de mercado, los datos nos indican que el consumidor se encuentra dispuesto a pagar 5,200 euros por aparato. Por ello, el precio de la lista ha sido variado a 4,000 euros, en fecha 20 de abril; justo cuando vosotros comenzásteis con vuestras pretensiones de alterar el contrato.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 13

16 de mayo de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Siguiendo la sucesión de conversaciones telefónicas mantenidas durante los días de ayer y hoy, te reitero que considero tus pretensiones absolutamente inaceptables y desproporcionadas. Esperábamos algo de razonabilidad por parte de quien hemos considerado un socio más que un simple proveedor durante años, y con ese objetivo os hemos llamado en los días pasados.

Debéis ser conscientes de que habéis cometido varios errores graves en este proceso, errores de principiante. El diseño de los soportes del aparato resultaba problemático, vuestra página web indicaba un precio de 2,500 por unidad, y el retraso que anunciáis se debe exclusivamente a fallos en el suministro y en la planificación del proceso.

Por todo ello, os anunciamos que no pensamos pagar más de 2,500 euros por aparato. En caso contrario, lamentamos deciros que no podríamos aceptar el pedido.

Recibe un saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la sección de Compras
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 14

21 de mayo de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Hace ya una semana que pusimos en conocimiento vuestro nuestra postura con respecto al pedido de los televisores, sin que hasta la fecha hayamos recibido contestación al respecto. No hemos sido informados de la fase en que se encuentra la fabricación, ni el suministro de la primera remesa. El proveedor al que os dirigimos nos ha indicado que el pedido de piezas sigue en su almacén.

Tenemos en alta estima la colaboración con vuestra empresa, y consideramos que este contrato supone una gran oportunidad de seguir trabajando juntos. La gestión de este pedido ha presentado fallos y prisas desde el principio. No obstante, todavía estamos a tiempo. Por favor, envíanos información acerca del estado del pedido.

Recibe un saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la Sección de Compras

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 15

23 de mayo de 2008

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

También nosotros tenemos en alta estima la relación de colaboración que, desde hace tiempo, nuestras dos empresas y su personal venimos manteniendo. Dado lo estrecho de esta relación, siempre fue nuestra intención la de solucionar de modo negociado los problemas que surgiesen, ya fuese entre nosotros, o con la ayuda de terceros.

Por esta razón, recibimos con consternación la notificación de fecha 16 de mayo. En ella se nos informaba que, dada nuestra insistencia en el precio desde el principio ofrecido por nosotros, y también desde el principio aceptado por vosotros, no podíais aceptar el pedido. Esta circunstancia resulta trágica para una empresa como la nuestra, que opera con un stock reducido. Como resultado del rechazo, tuvimos que alquilar a terceros un espacio suficiente para el almacenaje de la primera tanda de aparatos, y buscarles un destino, así como a los correspondientes a las siguientes tandas.

Por ello, lamento comunicaros que, con fecha de 20 de mayo, hemos suscrito un acuerdo con Drake Industries, quien ha aceptado los 400.000 aparatos, a un precio de 3,400 euros por aparato. Puesto que los soportes no daban ya lugar a problemas, hemos decidido no realizar el pedido al proveedor que nos indicasteis; lo cual, dicho sea de paso, ha reducido sensiblemente el coste, y eliminado el problema del retraso. Naturalmente, quedamos a vuestra disposición para cualesquiera otros pedidos de aparatos televisores.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 16

24 de mayo de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Tras las negociaciones que habíamos mantenido hasta la fecha, recibí con decepción tu carta de 23 de mayo de 2008, en la que me comunicas que has tomado la decisión unilateral de entregar las mercancías que nosotros estábamos esperando en virtud del contrato suscrito por ambos a nuestro competidor. Nosotros en ningún momento rechazamos el pedido, simplemente insistimos en el precio acordado.

De acuerdo con lo dispuesto en el contrato, manifestamos nuestra intención de iniciar la conciliación. Esperamos que los asuntos relativos al precio y a las condiciones de entrega de los televisores puedan resolverse lo antes posible y de forma satisfactoria para ambas partes.

Recibe un saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la Sección de Compras

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 17

1 de julio de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

En nuestra carta del 24 de mayo de 2008 solicitamos el comienzo inmediato de la conciliación de nuestra controversia.

Es vital que podamos resolver urgentemente nuestras desavenencias. Os recordamos que el contrato obliga a las partes a negociar de buena fe y a recurrir a la conciliación con el fin de intentar resolver cualquier desavenencia.

Con el fin de agilizar este asunto, es necesario comenzar la conciliación inmediatamente. Proponemos al Sr. XZY como mediador, cuyos conocimientos acerca este tipo de tecnología le convierten en la persona adecuada para mediar en nuestra controversia.

Subsidiariamente, sugerimos que la Secretaría General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya proceda a nombrar al mediador.

Espero tu respuesta urgente en cumplimiento de la obligación de cooperar de buena fe para la resolución de esta controversia que recoge el contrato.

Recibe un saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la Sección de Compras

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 18

8 de agosto de 2008

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Estimado amigo:

En referencia a tu carta del 1 de julio de 2008, os comunicamos que estamos dispuestos a iniciar la conciliación. Sugerimos que las partes presenten una solicitud conjunta de propuesta del mediador para su nombramiento por la Secretaría General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.

Recibe un cordial saludo,

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas

Fdo. Facundo Rocental
Director Asesoría Legal

Industrias Mambrino (INMAM) SA

Documento de prueba de la demanda no. 19

15 de agosto de 2008

Sr. D. Diego de Miranda
Director de la sección de Ventas
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina

Estimado amigo:

Como supongo que entenderás, nuestra situación requiere de una solución urgente y definitiva. Tras esperar meses por vuestra respuesta en relación al inicio de la conciliación, TELCOM se ve en la obligación de recurrir al arbitraje.

Lamento que no hayamos podido resolver nuestras diferencias de otra forma.

Recibe un saludo,

Sr. D. Alonso Quijano
Director de la Sección de Compras

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA

Respuesta a la Notificación del Arbitraje

Sr. D. Timonel de Carcajona
Director de Asesoría Legal
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Incaica, 20 septiembre 2008

1. Don Facundo Rocental, en nombre y representación de Industrias Mambrino (INMAM) SA, con domicilio legal en Incaica, Andina, de conformidad con lo previsto en la cláusula de resolución de controversias pactada con Industrias Mambrino responde a la notificación del arbitraje de fecha 15 de agosto de 2008, presentada por Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA.

Hechos

2. Industrias Mambrino (INMAM) SA coincide con la narración de los hechos realizada por Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA en su notificación del Arbitraje, en lo relativo a los últimos desarrollos en el sector de los televisores, a raíz de la irrupción de la Televisión Digital Terrestre (TDT), y elogia el carácter didáctico de la exposición. Más allá de ello, sin embargo, la narración incurre en abundantes imprecisiones, que esta parte desea puntualizar.

3. Industrias Mambrino, en atención al trato preferente que siempre ha dispensado a TELCOM, puso en su conocimiento que la nueva generación de aparatos de televisión, con tecnología RedNail se encontraba lista para comenzar la producción (Documento de prueba de la demanda no. 1). La nueva tecnología RedNail permite una serie de posibilidades impensables hasta ahora, por lo que se estima que su recepción en el mercado puede ser extraordinaria. INMAM y TELCOM carecen de acuerdo alguno de exclusiva, de modo que es necesario puntualizar que la propuesta realizada a TELCOM responde no sólo a la más estricta cortesía comercial, sino al trato preferente que siempre le ha otorgado.

4. En el momento de discutir las condiciones, las partes siempre hicieron mención al propósito de posicionar el producto y al distribuidor dentro de la “gama alta”, lo cual inmediatamente debe comportar un coste suplementario. Ello viene siendo así desde hace años, y mi representada lleva años vendiendo televisores de, o para, la “gama alta” entendiendo esta referencia como relativa a los televisores con un precio superior, como por otra parte resulta razonable. Entender otra cosa de esta referencia presupone una lectura interesada de los hechos, poco razonable en un operador de la categoría de INMAM.

5. Es en este punto cuando TELCOM recibe la amenaza de acciones legales por parte de Drake Industries (Documento de prueba de la demanda no. 5). Pese a la obtención de informes concluyentes en cuanto a la falta de fundamento de las alegaciones de Drake (Documento de prueba de la demanda no. 6), TELCOM inicia un proceso para

modificar completamente la relación contractual con mi representada (Documento de prueba de la demanda no. 7).

6. En una circunstancia como ésta, mi representada no podía hacer otra cosa que negar las acusaciones, y tratar de reconducir las negociaciones a su cauce. Solicitar la sustitución de un elemento tan funcional y decorativo como los soportes de aluminio no sólo supondría un error, sino un coste en términos de tiempo y dinero. Mi representada no podía sino tratar de hacer razonar a la parte demandante, para evitar que su coste se multiplicara (Documento de prueba de la demanda no. 8).

7. Las declaraciones tranquilizadoras fueron en vano. No obstante, es en este punto donde las comunicaciones tomaron un rumbo inesperado y desagradable. En las comunicaciones subsiguientes, TELCOM no sólo insistió (Documento de prueba de la demanda no. 9) en que, para su tranquilidad, era necesario que mi representada sustituyera unos soportes perfectos para los aparatos, y modificara su política corporativa de cara a MACROHARD (algo sólo en manos del Consejo de Administración, más allá de ilegítimo e irrazonable); sino que pretendió que mi representada sufriera el coste de la modificación contractual y, además, pretendió rebajar unilateralmente el precio de los aparatos a los 2,500 por unidad (Documento de prueba de la demanda no. 11).

8. Es en este punto cuando a mi representada no le quedaba otra opción que la de recordarle con firmeza a D. Alonso Quijano las bases en virtud de las cuales la relación comercial se había desenvuelto desde el principio (Documento de prueba de la demanda no. 12); algo que, aparentemente, había sido olvidado por TELCOM. En el momento de notificar estos extremos, mi representada albergaba la expectativa de que el plantear con firmeza lo que no era sino una posición de sentido común haría entrar en razón a TELCOM, y le recordaría que el éxito comercial depende más de la calidad de un producto que de las posibles campañas negativas de los competidores, de modo tal que TELCOM revisaría las cifras que consultó en un principio (seguramente se habría cometido un error en el proceso) y dejaría de hacer recaer el peso del riesgo de acciones legales sobre INMAM.

9. Como se desprende de los hechos, tales expectativas resultaron del todo erróneas. De lo que pudimos deducir entonces, y seguimos pensando, el temor a la amenaza de Drake Industries debió pesar demasiado en el ánimo de D. Alonso Quijano, responsable de la campaña de TDT. Ante la presión, tomó el camino más radical, cancelando el pedido que tenía con INMAM (Documento de prueba de la demanda no. 13), con un lenguaje que no podemos considerar sino chocante.

10. Estas noticias suponían una tragedia para mi representada, cuyo sistema de gestión de stocks permite un almacenamiento limitado, y para quien el coste de alquilar espacio a terceros resulta difícilmente sostenible durante un tiempo prolongado. Por esta razón, contactó con Drake Industries, para realizarle una oferta similar. El competidor de TELCOM pareció mucho más razonable que éste, y aceptó los aparatos en cualquier plazo que mi representada los fuese teniendo, con gran flexibilidad en cuanto a los plazos y condiciones de entrega, y satisfaciendo el precio total, hasta el punto de que mi representada ofreció un mínimo descuento de 100 euros por unidad como cortesía.

11. Por ello, no podía sino resultar sorprendente para mi representada el hecho de que, días después de cancelar el pedido, un representante de TELCOM se puso en contacto con mi representada para reiterar la adhesión de su compañía al contrato que ambas empresas habían suscrito (Documento de prueba de la demanda no. 14). A día de hoy, esta parte interpreta que desde los más altos niveles de la administración de TELCOM se tomó la determinación de arreglar la mala gestión de la Sección de Compras. Sea como fuere, el hecho es que dicha decisión llegó demasiado tarde, al menos en lo que afecta al pedido inicial de los 450,000 televisores, y así se hizo saber a TELCOM (Documento de prueba de la demanda no. 14). No obstante, mi representada no posee ningún interés en alterar el curso de las buenas relaciones comerciales y de colaboración entre INMAM y TELCOM, y este punto también se puso de manifiesto en la notificación.

12. En lugar de continuar las negociaciones respondiendo a la propuesta formulada por mi cliente en su carta del 23 de mayo de 2008, TELCOM optó por acudir a los tribunales con una solicitud de medidas cautelares que resulta de todo punto inesperada e irrazonable. En un esfuerzo por salvar la relación comercial, mi cliente decidió aceptar en ese momento la propuesta de conciliación formulada por TELCOM (Documento de prueba No. 18). No obstante, y en violación de los términos expresos del contrato, que obligan a las partes a acudir a una conciliación antes de comenzar un arbitraje, TELCOM inició el presente arbitraje.

Cláusula de resolución de disputas y derecho aplicable. Objeción de jurisdicción.

13. Industrias Mambrino está de acuerdo en que el derecho aplicable al contrato de compraventa sea la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías.

14. Los *principios, reglas y normas que deriven de la práctica comercial internacional*” son aquellos que corresponden a los usos y costumbres del país del vendedor (Documento de prueba del demandado, nº1 y Documento de prueba de la demanda nº3).

15. Sin embargo, considera que la ley aplicable a la conciliación no es la de Cervantia y Andina, como se insinúa en la Notificación de Arbitraje, sino la de MadrePatria, que ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional de 2002 (en adelante, la ‘Ley Modelo de Conciliación’) con la siguiente modificación en el artículo 4(2):

*“La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de ésta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, **podrá comunicar a la otra parte que considera que la invitación ha sido rechazada.**”* (Énfasis añadido).

De acuerdo con este artículo, la falta de contestación del Demandado dentro de los 30 siguientes a la invitación para la conciliación no constituye un rechazo de la conciliación.

16. El tribunal carece de jurisdicción sobre la presente disputa puesto que no se ha completado la fase de conciliación que requiere el contrato. El primer párrafo de la cláusula de resolución de controversias establece que:

“En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a intentar resolverlas negociando de buena fe y a través de la conciliación. Durante el periodo de negociaciones y durante la conciliación, las partes se comprometen a no iniciar ningún procedimiento arbitral o judicial. A falta de resolución de las desavenencias mediante estos métodos, las partes podrán iniciar un procedimiento arbitral.”

El párrafo relativo a la resolución amistosa de las controversias no se refiere a un procedimiento autónomo e independiente del arbitraje, sino que se trata de una fase integrada en el proceso de resolución de controversias y establecida por las partes como condición previa al arbitraje.

17. Subsidiariamente, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley Modelo de Conciliación, el tribunal debe suspender el arbitraje en tanto no se haya completado la conciliación, bien porque ésta nunca llegó a iniciarse o bien porque nunca se terminó de acuerdo con ninguno de los motivos previstos en el artículo 11 de la Ley Modelo de Conciliación.

18. INMAM, por su parte, se declara dispuesta a participar en la conciliación y, con el fin de agilizar el proceso, acepta al Sr. XYZ propuesto inicialmente por TELCOM en su carta del 1 de julio de 2008 como conciliador.

Petición al Tribunal Arbitral

19. Industrias Mambrino solicita del tribunal arbitral:

- Que declare la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral sobre la disputa.
- Subsidiariamente, que suspenda el arbitraje en tanto no se haya completado la conciliación.
- Que revoque las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Frestonia el 7 de agosto de 2008.

- Que declare que se aplicarán los usos y costumbres del país del vendedor.
- Que declare que las partes suscribieron un contrato de compraventa de 450.000 unidades de aparatos de televisión por valor de 3,500 euros cada uno (precio de lista) o, en su defecto, de 4,000 (precio de mercado).
- Que el tribunal declare que no existió un incumplimiento contractual por parte de INMAM, y que en fecha 10 de abril, el comprador repudió el contrato, permitiendo la resolución por parte del vendedor.
- Que, en defecto de repudio, y con el contrato aún en vigor, el tribunal carece de la potestad para ordenar la entrega de las mercaderías bajo los artículos 46.1 y 28 CISG.
- Que, aun cuando el tribunal tuviese la potestad de ordenar el cumplimiento específico,
 - Que la Convención de Viena no permite ordenar la reparación cuando el bien presenta defectos consistentes en la vulneración de derechos de propiedad industrial/intelectual conforme a lo dispuesto en el art.42 CISG; menos aún cuando las actuaciones necesarias para atender al cumplimiento son imposibles o irrazonables, y
 - Que el tribunal carece de la potestad de modificar la relación contractual, ordenando la introducción de reformas en los aparatos, y de acercamientos a una empresa competidora, ajena a esta relación contractual.
 - Que, si el tribunal se declara con la potestad de introducir modificaciones en la relación contractual, entonces el tribunal deberá modificar el precio de las entregas futuras, adaptándolo al precio de mercado, y/o incluir el permiso al vendedor de utilizar las piezas e instrucciones facilitadas por el comprador en pedidos futuros. Asimismo, deberá ordenar a TELCOM que satisfaga los eventuales daños derivados de acciones emprendidas por Drake Industries por incumplimiento contractual.
- Que el tribunal condene al comprador al pago de todos los daños y perjuicios, así como las costas de este procedimiento, incluyendo la satisfacción de los correspondientes intereses.

Fdo. Facundo Rocental

Director Asesoría Legal
Industrias Mambrino (INMAM) SA,
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia

Documento de prueba del demandado nº1

Andina, 15 septiembre 2008

Don Pedro del Bosque Seco, perito colegiado n° 234, de la Ilustre Asociación de Fabricantes de Aparatos de Televisión de Andina emite el siguiente informe pericial a petición de Industrias Mambrino.

[...]

Por tanto, en el sector de los televisores, el interés de los consumidores de renta alta hace tiempo que se centra en la presencia en el aparato de innovaciones tecnológicas por encima de las que se encuentran en los demás aparatos vendidos en el mercado, más que en otras características, como el tamaño del televisor. Es por ello que, conforme a mi leal saber y entender existe una práctica comercial en Andina conforme al cual la expresión “alta gama” ha de entenderse equivalente a una referencia a productos de alta calidad técnica y por lo tanto superior precio a los productos estándar de la misma marca.

Para que así conste,

Fdo.

Pedro del Bosque Seco
Perito Colegiado, n°234

Director de Asesoría Legal
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA,
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
fax: 00213978645

10 octubre 2008

Sr. Christiaan Kröner
Secretario General
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Países Bajos

Asunto: Solicitud para el nombramiento del segundo árbitro – Demandante: Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, Cervantia c. Demandado: Industrias Mambrino (INMAM) SA, Andina

Estimado Secretario General Kröner:

Represento a Televisores y Comunicaciones (TELCOM), S.A. en su arbitraje contra Industrias Mambrino (INMAM) SA, Avda. Tosilos no. 17. Polígono Industrial Alquiife Incaica, Andina, inmam@inmam.an, fax: 00567342178, iniciado mediante Notificación de Arbitraje con fecha del 15 agosto 2008. Una copia de la Notificación se adjunta a la presente y una copia de mi poder notarial para representar a TELCOM, S.A. en el presente procedimiento se adjuntan a la presente.

TELCOM es una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia constituida conforme a las leyes de Cervantia. INMAM es igualmente una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia constituida conforme a las leyes de Andina. El arbitraje entre las partes se refiere al contrato de compraventa suscrito entre TELCOM (comprador) e INMAM (vendedor) en relación a la determinación del precio del contrato y al incumplimiento del contrato por parte de INMAM, así como a las consecuencias jurídicas que se deriva del mismo.

La Cláusula número 7 del Contrato de compraventa suscrito entre las partes del arbitraje con fecha del 3 marzo 2008 establece que toda controversia entre las partes resultando de o relativo a este contrato se resolverá por mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (el “Reglamento”). La cláusula también designa al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (la “CPA”) como autoridad nominadora. Una copia completa del contrato se adjunta a la presente.

De conformidad con el artículo 4(b) del Reglamento, el Demandante nombró al Sr. ABC como árbitro en la Notificación de Arbitraje debidamente notificada a la

Demandada el día 15 agosto 2008. El Sr. ABC es de nacionalidad ZZZ. Una copia de su curriculum vitae se adjunta a la presente.

Dado que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de notificación del nombramiento del primer árbitro y que la Demandada aún no ha nombrado a ningún árbitro, el Demandante solicita el nombramiento del segundo árbitro por usted Secretario General de la CPA en su poder de autoridad nominadora de conformidad con el artículo 7(2) del Reglamento.

Ya se ha tramitado el pago del honorario relativo a este nombramiento.

Suyo respetuosamente,

Timonel de Carcajona
Representante legal de Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA.

Anexos: Notificación de Arbitraje
 Poder Notarial
 Contrato de compraventa
 Curriculum vitae del árbitro Sr. ABC

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178

TELÉFONO: +31 70 302 4289

CORREO ELECTRÓNICO: BDALY@PCA-CPA.ORG

ASUNTO: CASO CPA N° AA435

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.

Estimados Señores:

El día 12 octubre 2008, la Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, la "CPA") recibió una carta con fecha del 10 octubre 2008 del Demandante en el procedimiento de referencia. Según lo señalado en la misma, el Demandante ha solicitado al Secretario General de la CPA que actúe como autoridad nominadora para el segundo árbitro, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en adelante, el "Reglamento") y según lo previsto en la Cláusula número 7 del Contrato de compraventa con fecha del 3 de marzo de 2008. Se adjunta copia de la carta del Demandante junto con los documentos adjuntos a la misma.

Cuando se le pide que actúe como autoridad nominadora según el Reglamento, y siempre que el Secretario General de la CPA considere, a partir de lo expuesto en los documentos remitidos, que es competente para actuar como tal, procederá con dicho nombramiento con prontitud.

Les rogamos hacernos llegar sus comentarios respecto a lo solicitado por el Demandante en este caso, antes del día 29 octubre 2008.

No duden en comunicarse conmigo o con mi colega, Martín Doe (ext. 4280), si tienen alguna duda referente a esta carta.

Muy atentamente,

[firma]

Brooks W. Daly

Secretario General Adjunto y Asesor Legal Principal

Anexo: Carta del Demandante del 10 octubre 2008 con anexos

Copia: Sr. Timonel de Carcajona, Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA (*por correo, correo electrónico y fax*)

Sr. ABC (*por correo, correo electrónico y fax*)

CPA 13896

<p>CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE Palacio de la Paz, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haya, Países Bajos Teléfono: +31 70 302 4165, Facsímil: +31 70 302 4167 Correo Electrónico: bdaly@pca-cpa.org</p>	<p>PERMANENT COURT OF ARBITRATION Peace Palace, Carnegieplein 2, 2517 KJ The Hague, The Netherlands Telephone: +31 70 302 4165, Facsimile: +31 70 302 4167 Email: bdaly@pca-cpa.org</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sr. Brooks W. Daly
 Secretario General Adjunto y Asesor Legal Principal
 Corte Permanente de Arbitraje
 Palacio de Paz
 Carnegieplein 2
 2517 KJ La Haya
 Países Bajos

Incaica, 28 octubre 2008

Por la presente acuso recibo de su comunicación referente al **CASO CPA N° AA435 – Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.**

Industrias Mambrino, S.A. tiene serias dudas acerca de la jurisdicción del tribunal arbitral para juzgar la presente controversia que afecta a las partes.

No obstante, y sin que esto prejuzgue el fondo del asunto, Industrias Mambrino nombra como árbitro al Sr. DEF de nacionalidad YYY cuyo curriculum vitae se adjunta.

Asimismo, le informamos que el retraso producido en el nombramiento del árbitro se ha debido a razones ligadas a la defensa jurídica de mi representada.

Sin otro particular,
Se despide atentamente,

Facundo Rocental
Representante Legal
Industrias Mambrino, S.A.
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178

Anexo: Curr. Vitae, Sr. DEF

cc. Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA,

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
fax: 00213978645

Timonel de Carcajona
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) ,
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce

fax: 00213978645

nº páginas: 1

Facundo Rocental
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178
nº páginas: 1

AN 82,575

30 octubre 2008

TELÉFONO: +31 70 302 4289

CORREO ELECTRÓNICO: BDALY@PCA-CPA.ORG

ASUNTO: CASO CPA Nº AA435

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.

Estimados Señores:

La CPA acusa recibo de la carta de la Demandada con fecha del 28 octubre 2008 en la cual nombra al Sr. DEF como árbitro.

Rogamos al Demandante confirmar antes del 15 noviembre 2008 si acepta el nombramiento hecho por la Demandada el día 28 octubre 2008 o si continúa a solicitar el nombramiento por la CPA.

No duden en comunicarse conmigo o con mi colega, Martín Doe (ext. 4280), si tienen alguna duda referente a esta carta.

Muy atentamente,

[firma]

Brooks W. Daly

Copia: Sr. ABC (*por correo, correo electrónico y fax*)

Sr. DEF (*por correo, correo electrónico y fax*)

CPA 13908

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

PERMANENT COURT OF ARBITRATION

Plaza de la Paz, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haya, Países Bajos

Peace Palace, Carnegieplein 2, 2517 KJ The Hague, The Netherlands

Timonel de Carcajóna

Telephone: +31 70 302 4165, Facsimile: +31 70 302 4167

Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA,

E-mail: bureau@pca-cpa.org

C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB

Frestonia, Cervantia

telcom@telcom.ce

fax: 0021397864

4 noviembre 2008

Sr. Brooks W. Daly
Secretario General Adjunto y Asesor Legal Principal
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Países Bajos

Asunto: Caso CPA N° AA435 – Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.

Estimado Sr. Daly:

La Demandante, Televisores y Comunicaciones (TELCOM), SA acepta el nombramiento tardío del Sr. DEF como árbitro hecho por la Demandada, Industrias Mambrino (INMAM), SA, mediante su carta con fecha del 28 octubre 2008.

Suyo respetuosamente,

Timonel de Carcajona
Representante legal de Televisores y Comunicaciones

Cc: Facundo Roental
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178

Timonel de Carcajona
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA,
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
fax: 0021397864

5 diciembre 2008

Sr. Brooks W. Daly
Secretario General Adjunto y Asesor Legal Principal
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Países Bajos

Asunto: Solicitud para el nombramiento del árbitro presidente – Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.

Estimado Sr. Daly:

Dado que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de notificación del nombramiento del segundo árbitro y que los dos árbitros nombrados por las Partes aún no han nombrado a un árbitro presidente, el Demandante solicita el nombramiento del árbitro presidente por usted Secretario General de la CPA en su poder de autoridad nominadora de conformidad con el artículo 7(3) del Reglamento.

Ya se ha tramitado el pago del honorario relativo a este nombramiento.

Suyo respetuosamente,

Timonel de Carcajona
Representante legal de Televisores y Comunicaciones, S.A.

Cc: Facundo Rocental
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

Timonel de Carcajona
Televisores y Comunicaciones (TELCOM)
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB

Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
fax: 00213978645
nº páginas: 3

Facundo Rocental
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178
nº páginas: 3

AN 82,614
TELÉFONO: +31 70 302 4289
CORREO ELECTRÓNICO: BDALY@PCA-CPA.ORG

8 diciembre 2008

ASUNTO: CASO CPA Nº AA435
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.

Estimados Señores:

La CPA acusa recibo de la carta de la Demandante con fecha del 5 diciembre 2008 en la cual solicita el nombramiento del árbitro presidente.

Cuando se le pide que actúe como autoridad nominadora para el árbitro presidente en virtud de lo dispuesto en el Artículo 7(3) del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, el Secretario General de la CPA utilizará el “sistema de lista” al que se alude en el Artículo 6(3) del Reglamento, salvo que él mismo considere que en el caso concreto no procede aplicar el procedimiento del sistema de lista.

Por la presente y a petición del Secretario General de la CPA se procede a comunicar a las partes una lista que contiene los nombres de 4 árbitros candidatos. Las personas propuestas como árbitro han confirmado su disponibilidad y su imparcialidad e independencia. Se adjuntan también los curriculum vitae de los árbitros propuestos, para su información.

CPA 14020

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE
Palacio de la Paz, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haya, Países Bajos
Teléfono: +31 70 302 4165, Facsímil: +31 70 302 4167
Correo electrónico: bureau@pca-cpa.org

PERMANENT COURT OF ARBITRATION
Peace Palace, Carnegieplein 2, 2517 KJ The Hague, The Netherlands
Telephone: +31 70 302 4165, Facsimile: +31 70 302 4167
E-mail: bureau@pca-cpa.org

AN 82,614
8 diciembre 2008
Página 42 de 2

Sírvanse tomar nota de que el Artículo 6(3)(b) del Reglamento dispone:

Dentro de los quince días siguientes a la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la autoridad nominadora tras haber suprimido el nombre o los nombres que le merecen objeción y enumerado los nombres restantes de la lista en el orden de su preferencia[.]

Como dispone el artículo reproducido, se solicita a las partes la devolución de la lista dentro de los **15 días** siguientes a la fecha de recepción de esta carta.

No duden en comunicarse conmigo o con mi colega, Martín Doe (ext. 4280), si tienen alguna duda referente a esta carta.

Atentamente,

[firma]

Brooks W. Daly

Anexo: Lista de árbitros candidatos
Curriculum vitae de los árbitros propuestos

Copia: Sr. ABC (por correo, correo electrónico y fax)
Sr. DEF (por correo, correo electrónico y fax)

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

Lista de árbitros candidatos
Con arreglo a los artículos 7(3) y 6(3) de las Reglamento de Arbitraje de la
CNUDMI
en relación a:

CPA CASO N° AA435
Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino
(INMAM) SA.

_____	[Árbitro 1]	Nacionalidad: ***
_____	[Árbitro 2]	Nacionalidad: ***
_____	[Árbitro 3]	Nacionalidad: ***
_____	[Árbitro 4]	Nacionalidad: ***

CPA 14020

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

PERMANENT COURT OF ARBITRATION

Palacio de la Paz, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haya, Países Bajos

Peace Palace, Carnegieplein 2, 2517 KJ The Hague, The Netherlands

Teléfono: +31 70 302 4165, Facsímile: +31 70 302 4167

Telephone: +31 70 302 4165, Facsimile: +31 70 302 4167

Correo electrónico: bureau@pca-cpa.org

E-mail: bureau@pca-cpa.org

Timonel de Carcajona
 Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA,
 C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB

Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
fax: 0021397864

22 diciembre 2008

Sr. Brooks W. Daly
Secretario General Adjunto y Asesor Legal Principal
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Países Bajos

**Asunto: Caso CPA N° AA435 – Televisores y Comunicaciones (TELCOM)
SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.**

Estimado Sr. Daly:

Por la presente remito de parte de la Demandante, Televisores y Telecomunicaciones, (TELCOM), S.A, la lista de árbitros propuestos de conformidad con el Artículo 6(3)(b) del Reglamento.

Suyo respetuosamente,

Timonel de Carcajona
Representante legal de Televisores y Telecomunicaciones

Anexo: Lista de árbitros candidatos

Sr. Brooks W. Daly
Secretario General Adjunto y Asesor Legal Principal
Corte Permanente de Arbitraje

Palacio de Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Países Bajos

Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178

23 diciembre 2008

Le remito de parte de la Demandada, Industrias Mambrino, S.A., la lista de árbitros propuestos como árbitro presidente.

Notamos otra vez que la Demandada tiene serias dudas acerca de la jurisdicción del tribunal arbitral para juzgar la presente controversia.

Sin otro particular,
Se despide atentamente,

Facundo Rocental
Representante Legal
Industrias Mambrino, S.A.

Anexo: Lista de árbitros candidatos

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

Timonel de Carcajona
 Televisores y Comunicaciones (TELCOM)
 C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
 Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
 nºpáginas: 3

Facundo Rocental
 Industrias Mambrino (INMAM) SA
 Avda. Tosilos no. 17.
 Polígono Industrial Alquife
 Incaica, Andina
inmam@inmam.an
 nºpáginas: 3

AN 82,628
 TELÉFONO: +31 70 302 4289
 CORREO ELECTRÓNICO: BDALY@PCA-CPA.ORG

26 diciembre 2008

ASUNTO: CASO CPA Nº AA435**Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, contra Industrias Mambrino (INMAM) SA.**

Estimados Señores:

La CPA acusa recibo de las listas de árbitros propuestos como árbitro presidente remitidas por las Partes con sus preferencias.

Les notificamos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7(3) del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, el Secretario General ha procedido a nombrar al Sr. GHI como árbitro presidente. El acta de Nombramiento de Árbitro, su Declaración de Imparcialidad e Independencia y su curriculum vitae se encuentran adjuntos a la presente.

No duden en comunicarse conmigo o con mi colega, Martín Doe (ext. 4280), si tienen alguna duda referente a esta carta.

Muy atentamente,
 [firma]

Brooks W. Daly

Anexo: Nombramiento de Árbitro
 Declaración de Imparcialidad e Independencia
 Curriculum vitae de GHI

Copia: Sr. ABC (*por correo, correo electrónico y fax*)
 Sr. DEF (*por correo, correo electrónico y fax*)
 Sr. GHI (*por correo, correo electrónico y fax*)

CPA 14045

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE
 Palacio de la Paz, Carnegieplein 2, 2517 KJ La Haya, Países Bajos
 Teléfono: +31 70 302 4165, Facsímil: +31 70 302 4167
 Correo electrónico: bureau@pca-cpa.org

PERMANENT COURT OF ARBITRATION
 Peace Palace, Carnegieplein 2, 2517 KJ The Hague, The Netherlands
 Telephone: +31 70 302 4165, Facsimile: +31 70 302 4167
 E-mail: bureau@pca-cpa.org

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

AN 80,629

NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO PRESIDENTE

En virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas
para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento CNUDMI)
Caso CPA N° AA435

DEMANDANTE:

Televisores y Comunicaciones (TELCOM)
C/ Ginés de Pasamonte no. 7, 9ºB
Frestonia, Cervantia
telcom@telcom.ce
fax: 00213978645

DEMANDADA:

Facundo Rocental
Industrias Mambrino (INMAM) SA
Avda. Tosilos no. 17.
Polígono Industrial Alquife
Incaica, Andina
inmam@inmam.an
fax: 00567342178

REPRESENTADA POR:

Timonel de Carcajona

REPRESENTADA POR:

Facundo Rocental

Conjuntamente denominados “las Partes” en lo sucesivo.

CONSIDERANDO que, según la Demandante, ha surgido una controversia entre las Partes en el marco del Contrato denominado Contrato de Compraventa con fecha del 3 marzo 2008;

CONSIDERANDO que la Demandante invoca la cláusula de arbitraje contenida en la Cláusula n°7 del Contrato que establece un arbitraje regido “*de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI*”;

CONSIDERANDO que la Demandante invoca la cláusula de arbitraje contenida en la Cláusula n°7 del Contrato que estipula que “*La autoridad nominadora será el Secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje*”;

CONSIDERANDO que la Demandante manifiesta haber presentado una Notificación de Arbitraje a la Demandada el día 15 agosto 2008;

AN 80,629
26 diciembre 2008
Página 2 de 2

CONSIDERANDO que la Demandante manifiesta haber comunicado a la Demandada, mediante la Notificación de Arbitraje, el nombramiento del Sr. ABC como árbitro;

CONSIDERANDO que la Demandada manifiesta haber comunicado a la Demandante, mediante carta con fecha del 28 octubre 2008, el nombramiento de Sr. DEF como árbitro;

CONSIDERANDO que, mediante una carta con fecha del 5 diciembre 2008, la Demandante solicitó el nombramiento del árbitro presidente por el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje en su poder de autoridad nominadora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7(3) del Reglamento;

CONSIDERANDO que, mediante carta del 8 diciembre 2008, la CPA comunicó a las Partes una lista conteniendo los nombres de cuatro candidatos para árbitro presidente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7(3) y 6(3) del Reglamento;

CONSIDERANDO que, mediante cartas con fechas del 22 diciembre 2008 y del 23 diciembre 2008, la Demandante y la Demandada han respectivamente remitido sus listas de candidatos para árbitro presidente a la CPA indicando sus preferencias entre los árbitros propuestos;

El abajo firmante, Christiaan M.J. Kröner, Secretario General de la CPA,

- (1) estando satisfecho de mi poder para nombrar al árbitro presidente en este procedimiento;
- (2) habiendo establecido que la persona abajo nombrada esta disponible y dispuesta para participar en este procedimiento; y
- (3) la persona abajo nombrada habiendo declarado que es imparcial e independiente respecto a las Partes y que tiene la intención de seguir siéndolo;

PROCEDE A NOMBRAR como árbitro presidente en el asunto del epígrafe al:

Sr.GHI

La Haya, 26 diciembre 2008,

[firma]
Christiaan M.J. Kröner
Secretario General

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE



PERMANENT COURT OF ARBITRATION

CPA CASO N° AA435

ACEPTACIÓN DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO Y DECLARACIÓN DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CASOS SOMETIDOS AL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI
(Marque las casillas correspondientes)

Yo, el abajo firmante,

Apellido(s): GHI Nombre(s): ***

DECLINACIÓN DEL NOMBRAMIENTO

☐ por el presente acto declaro que **declino** el nombramiento para actuar como Árbitro en el presente procedimiento. (Si desea explicar los motivos para su decisión, hágalo aquí.)

ACEPTACIÓN DEL NOMBRAMIENTO

☒ por el presente acto, declaro que **acepto** el nombramiento para actuar como Árbitro, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje Internacional de la CNUDMI, en el procedimiento anteriormente señalado. Al hacerlo, confirmo también que conozco y cumplo todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Arbitraje Internacional de la CNUDMI para actuar como tal.

IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

(Si acepta el nombramiento como Árbitro, marque también una de las siguientes dos casillas. La decisión sobre cuál de las dos opciones hay que marcar se determinará tras considerar, entre otros aspectos, el de si ha existido en el pasado o existe actualmente una relación, directa o indirecta, con cualquiera de las partes o con sus asesores o letrados, ya de carácter económico, profesional o de otro tipo, y tras analizar si la relación es de tal naturaleza que, según el criterio seguidamente establecido, debe revelarse. Ante cualquier duda al respecto, opte por revelar la relación con dicha parte.)

☒ **Declaro que soy imparcial e independiente** respecto a las partes intervinientes en el procedimiento antedicho, y que mi intención es la de seguir siéndolo; a mi leal saber y entender, no existe ningún hecho o circunstancia, en el pasado o actual, que yo tenga que revelar o hacer constar que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad o independencia.

O

☐ **Declaro que soy imparcial e independiente** respecto a las partes intervinientes en el procedimiento antedicho, y que mi intención es la de seguir siéndolo; **sin embargo**, y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 9 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la CNUDMI*, deseo revelar y poner en su conocimiento determinados hechos o circunstancias que pueden dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad o independencia. (Por favor utilice una hoja aparte para describir susodichos hechos o circunstancias.)

Fecha: _____

Firma: GHI

**Artículo 9: “La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.”*

ORDEN PROCESAL N° 1

Arbitraje ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Demandante: Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, Cervantia

c.

Demandado: Industrias Mambrino (INMAM) SA, Andina

Matrice, 8 enero 2009

El presente arbitraje es entre Televisores y Comunicaciones (TELCOM), S.A e Industrias Mambrino (INMAM), S.A.

El tribunal arbitral de acuerdo con el art.15.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y tras consultar a las partes emite la presente Orden Procesal por la que se ordena a las partes:

1. Que el demandante presente su escrito de demanda el 8 marzo 2009.
2. Que el demandado presente su escrito de contestación a la demanda el 1 de mayo de 2009.
3. Que el demandante y el demandado podrán solicitar aclaraciones sobre los hechos del caso hasta el día 18 enero 2009. Tras este trámite, el Tribunal Arbitral emitirá la Orden Procesal n°2, donde figurarán las respuestas a las solicitudes de aclaración que resulten pertinentes para la adecuada discusión del caso.
4. Que las cuestiones relativas a la jurisdicción del tribunal arbitral, la suspensión del arbitraje, así como aquellas relacionadas con el fondo del asunto, serán abordadas en los respectivos escritos de las partes. Todas estas cuestiones serán analizadas por el Tribunal arbitral en el laudo que emitirá tras las vistas orales que se celebrarán en Matrice entre los días 22-25 junio 2009: Rondas generales, y el día 26 junio 2009: fase eliminatoria y final. Ceremonia de entrega de premios.
5. Que las partes quedan exoneradas de referirse en sus escritos a las cuestiones relativas a al poder del tribunal arbitral de emitir medidas cautelares, a la validez de las condiciones generales, los daños y perjuicios, los intereses y las costas del arbitraje que serán abordadas por el Tribunal Arbitral en un momento posterior.

Fdo:GHI

Presidente del Tribunal Arbitral

ORDEN PROCESAL N° 2

Arbitraje ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Demandante: Televisores y Comunicaciones (TELCOM) SA, Cervantia

c.

Demandado: Industrias Mambrino (INMAM) SA, Andina

Matrice, 26 enero 2009

El tribunal arbitral de acuerdo con las Reglas del Moot Madrid y tras recibir las solicitudes de aclaración presentadas por las partes emite la Orden Procesal n°2.

ERRATAS:

Se han detectado las siguientes erratas en la redacción original del caso, que se publica ahora nuevamente corregido.

1. La referencia a “INMAM” realizada en el punto 17 de la Notificación de Arbitraje se reemplaza por TELCOM.
2. La referencia “climatización” en el Documento de prueba de la demanda no. 3 se reemplaza por “televisión”.
3. La referencia en el para. 21 de la Notificación de Arbitraje al “30 de junio” se reemplaza por “15 de octubre”. Asimismo, la referencia realizada en el Documento de prueba de la demanda no. 10 a “antes del 31 de junio, y no del 1 de ese mes” se reemplaza por “antes del 15 de octubre, y no del 15 de septiembre”.
4. La referencia “NAO” en el párrafo 17 de la Notificación de Arbitraje se reemplaza por “NEO”.
5. La referencia, en el párrafo 6 de la Respuesta a la Notificación de Arbitraje a “INMAM”, en la oración “algo que, aparentemente, había sido olvidado por INMAM” se reemplaza por “TELCOM”.

RESPUESTAS A LAS SOLICITUDES DE ACLARACIÓN:

1. ¿Existe alguna relación jurídica entre LIEL (grupo del que es parte TELCOM), CIAPAM (conglomerado de empresas del que es parte INMAN) y Drake Industries?

R.- No. Las empresas y grupos industriales a los que se hace referencia en el caso son independientes entre sí.

2. ¿Cuál es la naturaleza de la actividad desarrollada por la organización TLT? (párrafo 10 de la Notificación de Arbitraje).

R.- Se trata de un grupo de presión, que representa los intereses de los fabricantes y distribuidores de aparatos de televisión y otros electrodomésticos frente a las autoridades públicas. Su carácter no es gubernamental ni sus decisiones imperativas.

3. ¿Cuál es la relación entre los sistemas LINATT y MACROHARD?

R.- Media Periphery y LINATT son dos sistemas operativos rivales. El primero, registrado por MACROHARD, se comercializa en paquetes que incluyen programas informáticos también registrados por la propia firma, a cambio de un canon. El segundo es un *software* de código abierto, disponible para los usuarios en Internet, quienes pueden utilizarlo para “personalizar” su propio sistema operativo. INMAM desarrolló un sistema operativo propio (INMAM Multimedia) a partir del LINATT de código abierto. INMAM utilizó a sus propios programadores para esta tarea, y no existen hechos conocidos más allá de los contemplados en el informe de Gades & Pernía.

4. ¿Qué debe entenderse de la referencia al “soporte” del televisor?

R.- Se trata del artilugio físico que permite el apoyo y sujeción del televisor.

5. ¿Cuál es la relación entre MACROHARD y Drake Industries, y cuáles los derechos de ésta última en relación con los productos comercializados?

R.- Ambas son empresas independientes. Drake Industries es una empresa distribuidora de electrodomésticos y aparatos electrónicos en Cervantia, y rival de TELCOM. Desde hace años, el sistema operativo Media Periphery viene implantándose con éxito en los ordenadores DULL, de gran aceptación en Cervantia, y sobre los cuales Drake Industries posee el derecho de distribución exclusiva.

6. ¿Qué significa la referencia al “repudio” realizada en el para. 19 de la respuesta a la notificación de arbitraje?

R.- El término repudio se refiere al rechazo unilateral por parte de una de las partes a la continuación de la relación contractual, sin que exista el derecho a la resolución.

7. Respecto al inicio del plazo de 30 días para la conciliación ¿debe entenderse como fecha la primera comunicación (24 mayo 2008) o por el contrario, y al igual que industrias Mambrino, la fecha es 1 de julio de 2008?.

R. Este punto es susceptible de interpretación.

8. ¿Han de referirse los escritos a la facultad del tribunal arbitral de mantener o revocar medidas cautelares?.

R. Las partes están exoneradas de discutir las medidas cautelares en su totalidad, lo que incluye tanto la facultad del tribunal de emitir medidas cautelares, como de la de mantenerlas o revocarlas.

9. Estatus de la Ley Modelo sobre conciliación y de la Ley Modelo de Arbitraje en los Estados involucrados en el caso

R. Ley Modelo de Conciliación:

MadrePatria ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 con la modificación que se indica en el caso.

Cervantia y Andina adoptaron la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 sin modificaciones.

R. Ley Modelo de Arbitraje

MadrePatria ha adoptado la Ley Modelo de Arbitraje con las modificaciones de 2006. En concreto, además, ha adoptado la Opción II del Artículo 7.

Cervantia y Andina han adoptado la Ley Modelo de de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

10. Puede justificar INMAM documentalmente haber aceptado el procedimiento de conciliación iniciado por TELCOM? ¿Y mediante cualquier otro medio?

R. INMAM comunicó a TELCOM el 8 de agosto de 2008 que estaba dispuesta a iniciar la conciliación (Documento de la prueba de la demanda no. 18).

Fdo:GHI

Presidente del Tribunal Arbitral

I COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
Y DERECHO MERCANTIL (MOOT)

MEMORANDUM DE DEMANDA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

**EN NOMBRE Y
REPRESENTACIÓN DE:**

**Televisores y Comunicaciones, S.A.
(TELCOM)
c/ Ginés de Pasamonte, nº 7
Frestonia, Cervantia**

DEMANDANTE

CONTRA:

**Industrias Mambrino, S.A.
(INMAM)
Avda/ de Tosilos, nº 17
Incaica, Andina**

DEMANDADA

ÁNGELA ALONSO

IGNACIO CERRATO

CARMEN FELTRER

MARÍA GUERRERO

KELLY INGA

MARÍA LÓPEZ

TABLA DE CONTENIDOS

LISTA DE ABREVIATURAS.....	5
ÍNDICE DE AUTORIDADES.....	7
TEXTOS LEGALES	11
CASOS JURISPRUDENCIALES Y LAUDOS ARBITRALES.....	13
A) HECHOS.....	16
B) FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	18
I.- EL TRIBUNAL ARBITRAL TIENE COMPETENCIA SOBRE LA DISPUTA.....	18
A) Principio de “Kompetenz-Kompetenz”	18
B) Autonomía del convenio arbitral	19
C) La validez del convenio arbitral.....	20
1) Cumplimiento de los requisitos formales del Convenio de Nueva York.....	20
2) Extensión del convenio arbitral.....	23
3) El convenio arbitral es vinculante	23
4) No debe suspenderse el procedimiento arbitral.....	25
II.- MANTENIMIENTO Y LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	26
III.- NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS.....	28
IV.- LA EXISTENCIA DEL CONTRATO E INTERPRETACIÓN DEL MISMO.....	28
A) Existencia de contrato (oferta/contraoferta y aceptación tácita)	28
B) Interpretación del contrato para determinar su contenido (450.000 televisores, 40 pulgadas y fecha de entrega)	29
V.- INMAM INCUMPLE EL CONTRATO POR ENTREGAR LOS TELEVISORES CON PRETENSIONES DE TERCEROS.....	31
A) El vendedor está obligado a entregar los televisores libres de pretensiones de un tercero	31

1) Existen pretensiones jurídicas del tercero fundadas y basadas en la propiedad industrial.....	31
2) Las pretensiones tienen su raíz antes del momento de la entrega	32
3) Comunicación a INMAM de la existencia de pretensiones de terceros en plazo razonable	33
4) Concesión de un plazo para que desaparezcan.....	33
B) INMAM no pudo ignorar la posibilidad de que existieran dichas pretensiones por parte de Drake Industries.....	33
C) Las pretensiones de Drake se basan en la propiedad industrial reconocida en la ley de Cervantia	34
VI.- INMAM INCUMPLE EL CONTRATO POR FALTA DE CONFORMIDAD MATERIAL DE LOS TELEVISORES	34
VII.- POSIBILIDAD DE EVITAR LAS PRETENSIONES DE TERCERO Y QUE LA MERCANCÍA SEA CONFORME EN EL MOMENTO DE LA ENTREGA	35
A) Intento de que INMAM consiga que MACROHARD garantice que no emprenderá acciones legales	35
B) Ante la negativa de INMAM a cooperar, TELCOM ofrece otra vía alternativa para que cumpla con su obligación de entregar mercaderías libres de pretensiones de tercero	36
1) Remedio no previsto expresamente.....	36
2) Nuestra petición es razonable.....	37
3) La petición de reparación se realiza con plazo suficiente	37
4) INMAM debe asumir los costes de la reparación	37
5) La reparación era necesaria en el justo momento en que se solicitó.....	38
C) En este momento, se hace absolutamente necesaria la medida cautelar	38
VIII.- NECESIDAD DE QUE EL TRIBUNAL ORDENE EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y QUE PERMANEZCA LA MEDIDA CAUTELAR.....	39
A) El Tribunal deberá ordenar a INMAM el cumplimiento específico.....	39
B) Plazo para reparación de un mes.....	40
C) La medida cautelar tiene que permanecer necesariamente	40

IX.- SUBSIDIARIAMENTE SE PIDE RESOLUCIÓN	40
A) Resolución por incumplimiento anticipado	40
1) Existencia de un peligro muy grave y previsible para el contrato	41
2) Declaración unilateral y no recepticia de resolución del contrato	41
3) Obligación de comunicar la resolución.....	41
B) Resolución por incumplimiento esencial del contrato.....	41
1) Incumplimiento esencial del contrato por vulneración de la obligación de entregar mercaderías libres de pretensiones de tercero.....	42
2) Incumplimiento esencial del contrato por falta de conformidad de las mercaderías	42
3) TELCOM tiene derecho a solicitar la resolución.....	43
X.- TANTO SI SE MANTIENE EL CONTRATO COMO SI SE CONDENA A SU CUMPLIMIENTO, TELCOM TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS	43
A) En el caso de que INMAM sea condenado y esté obligado a reparar.....	43
B) En el caso de que proceda declarar la resolución del contrato	44
C) En cualquiera de los casos, procede condenar en costas a INMAM.....	45
XI.- CONCLUSIONES	45
XII.- SOLICITUD AL TRIBUNAL	45

LISTADO DE ABREVIATURAS

art.	Artículo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (También Convención de Viena)
CNY	Convenio de Nueva York de 10 de Junio de 1958 para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjera
Co.	Company
ed.	editorial
ej.	ejemplo
ICCA	Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial
ILM	International Legal Material
Inc.	Incorporated
JDI	Journal du Droit International
Ley Modelo de la CNUDMI	Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI
Ltd.	Limited
no.	Número
<i>ob. cit.</i>	Obra citada
p.	Párrafo/ página
PECL	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
Rev.Arb.	Revista de Arbitraje
<i>et seq.</i>	Y siguientes
Trad. Prop.	Traducción Propia

UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNIDROIT	Institut International pour L'unification du Droit Prive
US	United States
v.	Versus
<i>Vid.</i>	Véase
vol.	Volumen
Ybk Comm Act	Yearbook o Commercial Arbitration

ÍNDICE DE AUTORIDADES

- ARTUCH IRIBERRI, E.** *El Convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional* (2000)
- BARRES BENNLOCH, P. / EMBID IRUJO, J. / MARTINES SANZ, F.** *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II. Edición Española* (2003)
- BESSON, S. / POUDRET, J.-F.** *Droit comparé de l'arbitrage international*
- BIANCA, C.** “Dell'inadempimento delle obbligazioni” en *Comentario del código civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma (1979)
- BIANCA, C. / BONELL** *Commentary on the International Sales Law*
- BORN** *International Commercial Arbitration* (translation publishers inc and Kluwer International, 2001)
- BREDOW, J.** *Incoterms 2000 - Kommentar und deutsch/englischer text der icc-Incoterms* (2000)
- BRIDGE, M.** *The International Sale Of Goods Law and Practice* (2007), ed. Oxford
- CÁMARA DE COMERCIO DE INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ ESPAÑOL** *Incoterms 2000, reglas oficiales de la CII para la interpretación de términos comerciales* (1999)
- CARON, D. / CAPLAN, L. / PELLONPÄÄ, M.** *The UNCITRAL Arbitration Rules*
- DELGADO DE MIGUEL, J.F. (Coord.)** *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo VI
- DIÉZ-PICAZO, L. (Coord.)** *Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (1998), ed. Civitas
- FERRARI, F. / FLECHTNER, H. / BRAND, R.** *The draft UNCITRAL digest: and beyond. Cases, analysis and unresolved issues in the U.N. Sales Convention* (2004)
- FOUCHARD, P.** *L' Arbitrage Commercial International*
- GAILLARD GODLMAN, F.** *International Commercial Arbitration* (1999)
- GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.** *El régimen de la medidas cautelares en el comercio internacional*

- GHESTIN, J.** *Les obligations du vendeur, en La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989, bajo la dirección de DERAIS / GHESTIN, Paris (1990)*
- GOLDMAN, B.** *Arbitrage In Encyclopedie Dalloz*
- HERBER / CZERWENKA** *Internationales Kaufrecht*
- HONNOLD, J.** *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*
- HONNOLD, J.** *Documentary history of the Uniform Law for International Sales (1989)*
- HUBER, U.** *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, en RABELSZ*
- HUBER, P. / MULLIS, A.** *The CISG: a new textbook for students and practitioners (2007)*
- JARVIN** *Le lieu de l'arbitrage (1993)*
- KAUFMANN-KOHLER** "Identifying and Applying the Law Governing the Arbitral, the role of the place of arbitration" en *CCA Congress Series*, no. 9, 1999, titulado *Improving the efficiency of Arbitration Agreements and Awards*
- LANDO, O. / BEALE, H.** *The Principles of European Contract Law Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law (1999)*
- LANGENECKER** *Kommentar zum UN-Einheitskaufrecht*
- LOOKOFSKY, J.** *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*
- MAGNUS, U.** *Kommentar zum UN-Kaufrecht*
- MAYER, P.** "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appretiation de sa propre competence" in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*
- MAYER, P.** "Les principes de bonne foi devant l' arbitre du commerce international" en *Etudes de Droit International en l'honneur de Pierre Lalive*

PARK	<i>The lex loci arbitri and international commercial arbitration</i> (1983)
PERALES VISCASILLAS, M. P.	“Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: ley modelo de la UNCITRAL y Convenio de Nueva York” (<i>Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones</i> , Volumen I; 2008)
PERALES VISCASILLAS, M. P.	<i>La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías</i> , Valencia (1996)
RABEL , E.	<i>Die Haftung des Verkäufers wegen mangels im Rechte</i>
RAUDA, Ch. / ETIER, G.	<i>Warranty for Intellectual Property Rights in the International Sale of Goods</i>
REDFERN, A. / HUNTER, M. /BLACKABY, N. / PARTASIDES, C.	<i>Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional</i> , ed. Thomson
SCHLECHTRIEM, P.	Schlechtriem/Schwenzer, <i>Comentary</i>
SCHLECHTRIEM, P.	<i>Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> , Viena (1986)
SHAWEN, C.	“The Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation” (<i>R. Medition</i>)
SHEPPARD BEN H, Jr.	“The Moth, the Light and the United States Severability Doctrine” (<i>Revista Journal of International Arbitration</i> , 2006)
TAMAYO CARMONA, J.	<i>Responsabilidad y riesgo contractual normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e Incoterms 2000</i> (2002)
TWEEDDALE	<i>Arbitration Of Commercial Disputes</i>
UNCITRAL	UNCITRAL Secretariat: <i>Commentary on the 1978 Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisg-toc.html
VAN DER BERG	<i>The New York arbitration Convention of 1958 - towards a uniform judicial interpretation</i>

VIRGOS SORIANO, M.

“El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional”
(*Actualidad jurídica Uría&Menéndez* no. 14; Mayo-Agosto 2006)

**VIRGOS SORIANO, M. /
GARCIMARTIN ALFEREZ, F.**

*Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación
Internacional* (2007), ed. Thomson-Aranzadi

**VON CAEMMERER /
SCHLECHTRIEM, P.**

*Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das
Übereinkommen der Vereinten Nationen über
Verträge über den internationalen Warenkauf –
CISG – Kommentar*, München (1990)

TEXTOS LEGALES

UNIDROIT **Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2004**

CNUDMI **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 21 de junio de 1985 (enmendada el 7 de julio de 2006)**

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 15 diciembre 1976

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, 19 de noviembre de 2002

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 1 de junio de 1958

Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al reglamento de arbitraje de la CNUDMI

Recomendación relativa a la interpretación del artículo II (2) y del artículo VII (1) de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York

PECL **Principios de Derecho Europeo de los Contratos, 1999**

ROMA I **Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales**

CONVENCIÓN DE VIENA **Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980**

**LEYES DE
ARBITRAJE**

Ley 60/2003 de Arbitraje (Ley Española de Arbitraje)

Ley de Arbitraje de 1968 de los Países Bajos

Ley de Arbitraje de 1996 de Inglaterra

CCI

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

**LONDON
COURT**

**Reglamento de la London Court of International
Arbitration**

CIRD

Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIRD

CASOS JURISPRUDENCIALES Y LAUDOS ARBITRALES

LISTADO DE SENTENCIAS

Austria	<u>Oberster Gerichtshof</u> 20 de Marzo de 1997 Tribunal Supremo austriaco
Canadá	<u>Relais Nordik v. Secunda Marine Services Ltd.</u> (1988) Federal Court of Canada
España	<u>Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga</u> , de 22 de Diciembre de 2004 <u>Auto del Tribunal Supremo</u> , de 17 de febrero de 2004
Estados Unidos	<u>Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.</u> , 388 U.S. 395 (1967) <u>First Option of Chicago v. Kaplan</u> , 514 U.S. 938 (1995) <u>American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard SPA</u> (2 nd Circuit 2003) <u>Wal-Mart Stores Inc. v. PT Multipolar Co.</u> (9 th Circuit, 1999) <u>Casualty Insurance Co. v. CA Reaseguradora Nacional de Venezuela</u> (2 nd Circuit, 1993) <u>Carolina Power Light Co. v. Uranex</u> 451 F. Supp. 1004 (N.D.Cal. 1977) <u>Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna</u> , 546 U.S. 440 (2006) <u>Magellan International v. Salzgitter Handel</u> (Federal District Court Illinois, 1999) CLOUT caso nº 417 <u>Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.</u> (Federal District Court, NY, 1998) CLOUT caso nº 413 <u>American Container Corp. v. Hanley Trucking Corp.</u> (3 rd Circuit 1970)
Francia	<u>Editions du Sevil v. Editions Phidal Inc. and Quarto</u> (2002) Cour de cassation <u>Ets Raymond Gosset v. Carapelli</u> (1964) Cour de Cassation

Hong-Kong	<p><u>Vibroflotation v. Express Builders Co. Ltd.</u> (1994), (High Court)</p> <p><u>Fung Sung Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Products</u> (1991), (High Court) CLOUT Case 20</p>
India	<p><u>Wellington Associates Ltd. v. Kirit Mehta</u> (2000) (Supreme Court)</p> <p><u>MMTC v. Sterlite Industries Ltd</u> (1996)</p>
Italia	<p><u>Compagnia Generale Construzione "COGECO" S.p.A v. Piersanti</u> (1979) Corte di Cassazione italiana</p>
Reino Unido	<p><u>Harbour Assurance Ltd. v. Kansa General International Insurance</u> (1992) 1 Lloyd's Rep. 81</p> <p><u>Heyman v. Darwins Ltd.</u> House of Lords (1942) 72 Lloyd's Rep.</p> <p><u>Leaf v. International Galleries</u>, [1950] 2 K.B. 86.</p> <p><u>Networks Limited v Econet Wireless International Ltd.</u> (2004) High Court (England)</p> <p><u>F.G.Sykes (Wessex) Ltd. v. Fine Fare Ltd.</u> (1967) 1 Lloyd's Rep 53</p> <p><u>South India Shipping Corp. v. Bremer Vulkan.</u> (1981) (House of Lords)</p>
Suiza	<p><u>Compagnie de Navigation et Transports SA (France) v. Mediterranean Shipping Company SA</u> (1995) Tribunal Federal suizo</p> <p><u>Société des Grands Travaux de Marseille (Francia) v. People's Republic of Bangladesh</u> (1976) Tribunal Federal suizo</p> <p><u>T. SA v. R. Établissement</u> (1998) Handelsgericht des Kantons Zürich</p>

LISTADO DE LAUDOS ARBITRALES

Estado de Kuwait v. Compañía Americana Independiente de Aceite (AMINOIL)
[1982]
Arbitraje *ad hoc*

Framatome et autres v. Atomic Energy Organization of Iran, (30 ABRIL 1982)
nº 3896

Caso nº 4145 (1983) Laudo CCI 559

Caso nº 9333 Laudo CCI

Elf Aquitaine S.A. (Francia) & Odival S.A. (Francia) v. Banco Santander Central Hispano, S.A. (España), Instituto de Arbitraje de los Países Bajos. [2007]

Vacaciones Inns S.A v. el Estado de Marruecos [Caso No. ARB/72/1]

Bomar Oil NV v. Empresa Tunecina de Actividades Petrolíferas (ETAP) [1999]
XV Ybk Comm Arbn

Casualty Insurance Co (US) v. CA Reaseguradora Nacional de Venezuela
[1994] XIX Ybk Comm Arbn

Empresa Francesa v. Empresa Siria, 108, *J.D.I* 927 [1981]

Compañía Francesa v. Ministerio de Arabia, 108, *J.D.I*, 939

Laudo nº 229/1996 del Tribunal de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia

A) HECHOS

10 de febrero de 2009: D. Diego de Miranda, Director de la sección de ventas de INMAM, contacta con mi representada comunicándole que su empresa está en disposición de lanzar al mercado una nueva generación de televisores, novedad suya, con un diseño extremadamente novedoso, señalando las ayudas públicas de las que se pueden beneficiar (Documento de prueba de demanda no. 1).

12 de febrero de 2009: Nuestro representado, D. Alonso Quijano, Director de la sección de compras de TELCOM, contesta dejándole saber sus preferencias: televisores más manejables y menos aparatosos, interesándose por las dimensiones del aparato y el deseo de posicionarse en el mercado como líder en innovación (Documento de prueba de la demanda no. 2).

16 de febrero de 2009: INMAM, con “total sinceridad”, asegura que puede ser una excelente oportunidad ya que la tecnología y diseño exclusivo e inédito y la originalidad garantizará a TELCOM una buena cuota de mercado. Adjunta un folleto que “no hace falta para la información que me pides”, afirma que las dimensiones del aparato que quieren lanzar son de 40 pulgadas ya que también es consciente que los aparatos grandes no están teniendo una buena recepción y opta por un tamaño medio para lanzar (en el folleto, el único aparato de tamaño medio y de 40 pulgadas cuesta 2.500 euros). El plazo de entrega se estableció el 15 de septiembre (Documento de prueba de la demanda no. 3).

3 de marzo de 2009: TELCOM contesta diciendo que cree que si se trata de un aparato tan novedoso, sería un éxito de ventas. Encarga 450.000 aparatos (obviamente de 40 pulgadas) cuya entrega está prevista en tres plazos, la primera hacia el 15 de septiembre, en su carta incluye unas Condiciones Generales de compra donde destaca las cláusulas 6 y 7. En la cláusula 6 establece que el derecho aplicable al contrato será la CISG y en lo que no esté previsto los principios, reglas y normas que deriven de la práctica comercial internacional y en la cláusula 7 establece la resolución de controversias: conciliación y a falta de resolución, arbitraje bajo las reglas de la CNUDMI (Documento de prueba de la demanda no. 4).

28 de marzo de 2008: D. Corso Barbanegra, Director de Asesoría Jurídica de Drake Industries, principal competidora de INMAM en Cervantia, contacta a TELCOM informándole de que INMAM tiene la intención de comercializar aparatos que infringen los derechos de Drake Industries, tanto en la marca registrada, como en el sistema operativo (que infringe los derechos registrados por MACROCHARD y utilizado por los ordenadores comercializados por Drake Industries) y en el diseño del soporte de los televisores. Amenaza a TELCOM de que cualquier acto de promoción y/o comercialización que ella realice supondrá el ejercicio de acciones legales (Documento de prueba de la demanda no. 5).

17 de abril de 2009: A petición de TELCOM, el despacho Gades & Pernía (abogados y asesores especialistas en propiedad intelectual y derecho de la competencia) emite un informe sobre los potenciales riesgos legales en la comercialización de los televisores: destacando que respecto al diseño del soporte resulta extremadamente complejo concluir algo debido a las circunstancias de Cervantia. Advirtiéndonos además de que Drake Industries posee un amplio historial de casos en materia de propiedad industrial, logrando paralizar la distribución de productos durante meses, combinándolo con la inserción de publicidad negativa en prensa (Documento de prueba de la demanda no. 6).

20 de abril de 2009: TELCOM remite a INMAM la carta de Drake Industries y de Gades & Pernía y le solicita a INMAM algún tipo de garantía para evitar posibles acciones legales con Drake, y que ve necesario la sustitución de los soportes por otros distintos para evitar cualquier riesgo de confusión jurídicamente posible, además pide a MACROCHARD una comunicación pública donde declare que ambos sistemas operativos son diferentes y no tienen nada que ver (Documento de prueba de la demanda no. 7).

25 de abril de 2009: INMAM responde indicando que cualquier pretensión es absurda, que se trata de un diseño distinto y resalta las “tácticas competitivas poco limpias” de MACROCHARD contra INMAM y que solicitar una declaración pública de MACROCHARD supondría darles más publicidad a sus productos causándoles más problemas. Propone ser cautelosos, afirmando que hacer caso de las amenazas de Drake Industries supondría demorarse indebidamente (Documento de prueba de la demanda no. 8).

1 de mayo de 2009: TELCOM expresa que sigue siendo necesario hacer todo lo posible para evitar problemas y envía un gráfico y una muestra de otro soporte que puede utilizarse como sustituto, como el soporte pertenece a un proveedor de confianza de TELCOM, lo avisa y se compromete a facilitar los datos del proveedor a INMAM (Documento de prueba de la demanda no. 9).

5 de mayo de 2008: INMAM responde expresando su malestar por el deseo de TELCOM de evitar acciones jurídicas, afirmando que las diferencias de INMAM con MACROCHARD sólo le concierne a ellos y a nadie más. Informa que el coste de los soportes ascenderá a 159 euros/unidad ascendiendo a un total de 3.650 euros/aparato (en vez de los originales 2.500 euros), que la primera remesa no estará lista antes del 15 de octubre y que procederán de inmediato a implantar los cambios (Documento de prueba de la demanda no. 10).

9 de mayo de 2008: TELCOM sin embargo considera que los aparatos que encargaron son de categoría mediana, 40 pulgadas y a 2.500 euros/unidad. Además la responsabilidad de proporcionar un producto que no causase problemas correspondía a INMAM, por tanto también los costes que ello suponga (Documento de prueba de la demanda no.11).

12 de mayo de 2008: INMAM afirma que los televisores que encargaron eran los de la categoría “Gran Lujo” con un precio de 3.500 euros. Expresa que las modificaciones sugeridas corren a cuenta de TELCOM, y añade que el precio de la lista ha variado a 4.000 euros en fecha 20 de abril (Documento de prueba de la demanda no. 12).

16 de mayo de 2008: TELCOM contesta diciendo que las pretensiones de INMAM son absolutamente inaceptables y desproporcionadas, reitera que habían encargado el televisor que indicaba un precio de 2.500 euros, que el diseño resultó ser problemático. El retraso se debe a fallos en el suministro y la planificación del vendedor (Documento de prueba de la demanda no. 13).

21 de mayo de 2008: TELCOM vuelve a contactar a INMAM solicitando un informe del estado del pedido, ya que no están informados del mismo, comprobando además que las piezas del proveedor siguen en su almacén. Advirtiéndole a INMAM que aún están a tiempo de solucionarlo (Documento de prueba de la demanda no. 14).

23 de mayo de 2008: INMAM comunica a TELCOM que con fecha 20 de mayo ha suscrito un contrato con Drake Industries (principal competidor), quien acepta 400.000 aparatos, a un

precio de 3.500 euros/aparato y que como los soportes no eran problema, han decidido no realizar pedido al proveedor (Documento de prueba de la demanda no. 15).

24 de mayo de 2008: TELCOM manifiesta su intención de iniciar la conciliación (Documento de prueba de la demanda no. 16).

1 de julio de 2008: TELCOM recuerda a INMAM que el contrato obliga a las partes a recurrir a la conciliación para intentar resolver cualquier desavenencia y propone un mediador. Les comunica que espera su respuesta urgente (Documento de prueba de la demanda no. 17).

1 de agosto de 2008: TELCOM presenta ante los tribunales de Cervantia una solicitud de orden cautelar para detener la entrega de aparatos por parte de INMAM a Drake Industries (Notificación del Arbitraje, párrafo 27).

7 de agosto de 2008: El Tribunal de Instancia de Frestonia dicta la orden cautelar para detener tal entrega (Notificación del Arbitraje, párrafo 27).

8 de agosto de 2008: INMAM comunica a TELCOM que están dispuestos a iniciar la conciliación, sugiriendo que las partes presenten una solicitud conjunta de propuesta de mediador (Documento de prueba de la demanda no. 18).

15 de agosto de 2008: TELCOM, tras esperar tres meses la respuesta de INMAM y dado la situación, informa a INMAM que se ve en la obligación de recurrir al arbitraje (Documento de prueba de la demanda no. 19).

B) FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- EL TRIBUNAL ARBITRAL TIENE COMPETENCIA SOBRE LA DISPUTA

1. La demandada pone en duda la competencia del tribunal arbitral para conocer de las controversias surgidas. Nuestro objetivo es demostrar que efectivamente, el tribunal tiene competencia para ello, desvirtuando la pretensión de la demandada de que se suspenda el procedimiento arbitral por falta de jurisdicción.

A) Principio de “Kompetenz-Kompetenz”

2. El Tribunal Arbitral está facultado a decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje con base en el principio de “**Kompetenz-Kompetenz**”¹ positivizado en el artículo 16² de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (en adelante, Ley Modelo de la CNUDMI) que ha sido transpuesta al ordenamiento de la sede arbitral, Madre Patria. Este principio ha

¹ Este principio es comúnmente aceptado por el derecho comparado. Entre los por autores más representativos se encuentran: PHILIPPE FOUCHARD, *L'arbitrage Commercial International*; BERTHOLD GOLDMAN, *Arbitrage in Encyclopédie Dalloz*; PIERRE MAYER, “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, en *Collected Courses Of The Hague Academy of International Law*, vol. 217.

² Artículo 16.1 de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

quedado reflejado en la doctrina y la jurisprudencia de distintos países y tribunales³ que consolidan su aplicación.

B) Autonomía del convenio arbitral

3. El primer argumento que utiliza la demandada para discutir la competencia del tribunal arbitral consiste en poner en duda la validez del contrato de compraventa (Documento de Respuesta al Arbitraje) ahora bien, en virtud del **principio de autonomía o separabilidad**⁴ recogido en el citado artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI, así como en el artículo 21.2 del Reglamento de Arbitraje de CNUDMI⁵, la cláusula arbitral debe considerarse como un acuerdo autónomo e independiente, separable del contrato en el que se integra como una de sus cláusulas. Por ello, el tribunal arbitral puede decidir sobre la (in) validez o nulidad del contrato principal⁶ sin, retrospectivamente, despojarse de su propia competencia⁷. Con independencia de la suerte del contrato, la cláusula arbitral será válida y, por tanto, el tribunal arbitral competente para conocer de presente procedimiento.
4. De conformidad con el contrato suscrito por las partes en fecha 3 de marzo de 2008, se acordó

³ Asunto *American Bureau of Shipping v Tencara Shipyard SPA* (2003); Asunto *Editions du Sevil v. Editions Phidal Inc. and Quarto* (2002) Cour de cassation; *Wal-Mart Stores Inc v. PT Miltipolar Corp*, en el que se declara la competencia del tribunal arbitral en base a la elección por las partes de la aplicación de las normas de la CNUDMI; Ley de 1996 de la India sobre Arbitraje y Conciliación (sección 16); *Wellington Associates Ltd v. Kirit Mehta*; *Compagnie de Navigation et Transports SA (France) v. Mediterranean Shipping Company SA (Switzerland)*, Swiss Court.

⁴ SHEPPARD, B.H., *The Moth, the Light and the United States' Severability Doctrine*. The Decision of the Supreme Court in *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, *Journal of International Arbitration*, p. 479–491, 2006: “La doctrina de la separabilidad (severability doctrine) tiene su origen en la decisión del caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co* [388 U.S. 395, 87 S. Ct. 1801, 18 L.Ed 2d 1270 (1967)] de 1967 que estableció la doctrina de la separabilidad como la base del sistema de la ley federal de arbitraje que sirve para conservar la competencia de los árbitros. La sentencia desestimó la pretensión de los demandantes que cuestionaban la validez de la cláusula de arbitraje ante la invalidez del contrato subyacente” (Trad. prop.). No obstante, ya en el caso *Gosset*, en sentencia de 7 de mayo de 1963 la Court de Cassation francesa reconoció la teoría de la separabilidad al entender que: “En el ámbito del arbitraje internacional, el acuerdo arbitral, ya se haya celebrado en forma independiente o se haya incluido como parte del contrato, (...) es siempre, salvo en circunstancias excepcionales (...) completamente autónomo para el derecho, lo que excluye la posibilidad de que resulte afectado por la posible invalidez del contrato principal”. Cada vez son más los países que incorporan el carácter separable de la cláusula compromisoria a su legislación en materia de arbitraje. Entre ellos, los Países Bajos, en la Ley de Arbitraje de 1986; Inglaterra, en la Ley de Arbitraje de 1996; y los Estados que adoptan la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI o que adaptan a ella sus leyes. Finalmente, en el caso del Derecho Español, este principio impregna diferentes preceptos de la Ley 60/2003, de Arbitraje, destacar entre ellos los artículos 9.4, 9.6 y 22. A este respecto ver: LAUNDERS, R., “Separability-The Indestructible Arbitration Clause” (1994), 10 *Arbitration International* 71.

⁵ Artículo 21.2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: “La decisión del tribunal arbitral por la cual se determine la nulidad del contrato “no entrañará ipso iure la invalidez de la cláusula compromisoria”.

⁶ Asunto *Heyman v Darwins*, House of Lords; *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v Kansa General International Insurance Co Ltd*, Court of Appeal (1993); *Vee Networks Ltd v Econet Wireless International Ltd* (2004); LORD DOPLOCK en *Bremer Vulcan v South India Shipping*, “sostiene que son dos contratos independientes o colaterales”. Caso 4145/1983, I ICC AWARDS 559, “los árbitros sostuvieron que la cuestión de validez o nulidad del contrato principal, por razones de orden público, ilegalidad o de otra manera, es una cuestión de forma y no de jurisdicción, la validez de la cláusula arbitral tiene que ser considerada separadamente de la validez del contrato principal” (Trad. prop.); La Corte Suprema Francesa ha mantenido en la Sentencia, de 10 de mayo de 1988 REV.ARB. 639 que “la novación de un contrato en el que se había introducido una cláusula arbitral no afecta a la misma” (Trad. prop.). Más recientemente en el caso *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna* [126 S. Ct. 1204 (2006)] el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo que “independientemente de quien conozca el supuesto, ya sea el tribunal federal o estatal, una cuestión relativa a la validez de un contrato en su totalidad, y no expresamente a la cláusula de arbitraje dentro del mismo, es competencia del árbitro, no del tribunal (...) porque por la ley de arbitraje federal, una cláusula de arbitraje es separable del resto del contrato” (Trad. prop.).

⁷ VIRGÓS, M., *ob.cit.*

someter las controversias que entre ellas surgieran a un procedimiento de arbitraje *ad hoc*. Las partes decidieron que dicho procedimiento se sometiese a las reglas de arbitraje de la CNUDMI. No obstante, debe quedar claro que el derecho aplicable al procedimiento arbitral es el derecho de la sede de arbitraje⁸ en este caso, la Ley Modelo de la CNUDMI en la medida que ha sido transpuesta al ordenamiento de la sede arbitral, Madre Patria.

5. Dicho acuerdo constituye la materialización del concepto definido en el artículo 7.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI puesto que se trata de una cláusula por la que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. Dicho convenio arbitral que se integra en un acuerdo más amplio de solución de controversias que incluye una cláusula de sometimiento a procedimiento de conciliación, queda redactado de la siguiente manera: *“Todo litigio, controversia o reclamación resultante del este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor. La Autoridad nominadora será el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya. El lugar del arbitraje será Matrice, Madre Patria. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el español”*.

C) La validez del convenio arbitral

1) Cumplimiento de los requisitos formales del CNY

6. Por lo que se refiere a la validez de la cláusula cabe destacar que cumple los **requisitos** establecidos en el **Convenio de Nueva York de 10 de Junio de 1958** para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (en adelante, CNY) del que los Estados y la sede del arbitraje son parte y resulta aplicable dado que nos encontramos ante un arbitraje de carácter internacional, en la medida que las partes contratantes tienen sus establecimientos en Estados diferentes, tal y como se define en el artículo 1.3 a) de la Ley Modelo de la CNUDMI. Cabe destacar a este respecto que el CNY, a pesar de su título, va más allá del reconocimiento y, en su artículo II regula los acuerdos de arbitraje y sus efectos tanto positivos (atribución de competencia a los árbitros) como negativos (sobre la competencia de los tribunales judiciales nacionales).
7. Asimismo, se aplica la Ley de Arbitraje Madre Patria (incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI

⁸ El concepto según el cual el arbitraje se rige por el derecho correspondiente al lugar en que se celebra que es la “sede” (*locus arbitri*) del arbitraje, se encuentra firmemente consagrado tanto en la teoría como en la práctica del arbitraje internacional. Véase, por ejemplo: PARK, “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration” (1983) 32 I.C.L.Q. 21; JARVIN, “Le Lieu de l’arbitrage” (1993) ICC Bulletin, vol. 4, no.2, p.7; BORN, *International Commercial Arbitration* (Translation Publishers Inc and Kluwer International, 2001), p. 573; KAUFMANN-KOHLER, “Identifying and Applying the Law Governing the Arbitral Procedure, the role of the place of arbitración” en ICCA Congress Series no. 9, 1999, titulado “Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention”, p. 336, que señala que “(...) para identificar el derecho aplicable al procedimiento arbitral es necesario definir el lugar de arbitraje (...)” (Trad. prop.). Asimismo hay que destacar que la Convención de Nueva York conserva la referencia en su artículo V (1) (d) a “la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje” y con el mismo significado, el artículo V (1) (a) y (e) a “la Ley del país en que se haya dictado la sentencia”. Así se conserva el claro vínculo territorial existente entre el lugar del arbitraje y el derecho que lo rige, es decir, la *lex arbitri*. Este vínculo territorial se mantiene también en la Ley Modelo de la CNUDMI en su artículo 1 (2): “Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”.

sin modificaciones) en virtud del principio de aplicación de la “regla más favorable”⁹ contenido en el artículo VII. 1 del CNY¹⁰ que permite a las partes aplicar la ley del Estado en que se pretende hacer valer el acuerdo arbitral en la medida que resulte ser más favorable a la validez de dicho acuerdo¹¹.

8. En primer lugar, dicho acuerdo **se formaliza por escrito** a través de la cláusula de resolución de controversias contenida en las **Condiciones Generales** de compra (Documento de prueba de la demanda no. 4) que mi representada ofertó y la demandada aceptó tácitamente¹² en virtud del artículo 18.1 CISG¹³, quedando por tanto satisfecho el requisito formal exigido por el artículo II del CNY. En nuestra opinión, dicha cláusula se adecua a los requisitos de forma escrita a través de la teoría que se ha desarrollado jurisprudencialmente con respecto a esta materia: el criterio de la **doble garantía**¹⁴ que supone la necesidad de que concurra, por un lado, la garantía de que el adherente haya sido advertido de la inclusión de condiciones generales; en este supuesto efectivamente mi representada informó a la demandada de que contrataba bajo condiciones generales (Documento de prueba no. 4) y, por otro lado, la garantía de que haya tenido posibilidad razonablemente objetiva de conocerlas en el momento de celebración del contrato lo que queda probado en virtud de que el demandado, en el documento de prueba de la demanda no. 10 afirma: “procedemos de inmediato a implantar los cambios solicitados”. Dicha afirmación se encuentra en una Carta de fecha 5 de mayo de 2008 como respuesta a nuestra

⁹ POUURET, J.F. y BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, (2002), párrafo 74; VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958 – Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1981), p. 85-86; GAILLARD GOLDMAN, F., *On International Commercial Arbitration*, (1999), párrafo 267 *et. seq.*: “Un ejemplo de esta doctrina, pero con el fin contrario, lo encontramos en el supuesto en el cual el Tribunal Federal aplicó este principio para excluir las previsiones de la Convención Franco-Suiza de 1869 y en su lugar, aplicar la CNY, tras haber comparado los requisitos recogidos por ambas y observar la mayor favorabilidad de esta última” (Trad. prop.).

¹⁰ Entre otras, sirva de ejemplo la obra de la doctrina española: VIRGÓS. M., “El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional” *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* no. 14 (mayo - agosto 2006): “Hay que advertir que literalmente el Artículo VII.1 CNY 1958 se limita al ámbito del reconocimiento y ejecución del laudo o sentencia arbitral: «Las disposiciones de la presente Convención ... no privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque». Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia anticipan su aplicación al «reconocimiento» del acuerdo arbitral: poco sentido tendría exigir criterios de validez diferentes al acuerdo arbitral como causa de exclusión de la competencia de los tribunales judiciales (en el momento en el que se plantea la excepción o, en España, declinatoria de arbitraje) y como fundamento de la competencia de los árbitros (en el momento del reconocimiento del laudo), cuando el acuerdo arbitral que sirve ambas funciones es el mismo. En el segundo caso, reconocimiento del laudo, no hay duda de que operaría el principio de aplicación de la regla más favorable. La consecuencia inmediata de esta interpretación es que, en las condiciones que establece el propio artículo VII.1, los Estados podrán aplicar sus leyes siempre que sean más favorables al reconocimiento del acuerdo arbitral. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, cuando esas leyes no exijan que el convenio arbitral conste por escrito (como requiere en cambio el CNY 1958)”.

¹¹ VAN DEN BERG, *ob.cit.*, pp. 86 y 87: “La omisión de una mención expresa al acuerdo arbitral en el artículo 7.1 debe presumirse no intencionado ya que las provisiones relativas al acuerdo se añadieron a la Convención muy tardía de la Conferencia de Nueva York de 1958. Debe observarse que parecería contrario al carácter reforzador de la Convención, cuyo objetivo es ejecutar el máximo número de laudos posibles” (Trad. prop.).

¹² Laudo CCI, as, no. 3896 de 31 de abril de 1982, recaído en el asunto *Framatome et autres c. Atomic Energy Organization of Iran*, en el que la impugnación de la validez del convenio arbitral, planteada por la parte iraní, se salvó, con base a que el contrato había empezado a ser ejecutado, de manera que existe una ratificación por actos concluyentes. En el mismo sentido, entre la doctrina española véase, ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional* (2000), p. 98.

¹³ La Convención de Viena es aplicable en virtud de su art. 1 dado que ambos Estados son parte y asimismo se acuerda por las partes (Documento de prueba de la demanda no. 4).

¹⁴ *Casualty Insurance Co (US) y CA Reaseguradora Nacional de Venezuela* (1994) XIX *Ybk Comm Arbn* 825; *Bomar Oil NV v Empresa Tunecina de Actividades Petrolíferas (ETAP)* (1999) XV *Ybk Comm Arbn* 447-9; *ATS* 17.02.1998, *RAJ*, 760.

solicitud de contratar el día 3 de marzo de 2008 en la que manifestábamos la voluntad de contratar bajo las condiciones generales de compra que en las misma carta se contenían y en las que se incorpora por referencia¹⁵ la cláusula séptima que establecía el mecanismo de resolución de controversias.

9. No obstante, en virtud del **principio de mayor favorabilidad** y dado que la sede arbitral, Madre Patria, ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI con las modificaciones de 2006 y además en concreto la opción II del artículo 7¹⁶, quedarían exentas de cumplir cualquier requisito de forma.
10. No cabe duda de que la **relación jurídica** sobre la que se proyectan las controversias está absolutamente **determinada**, siendo ésta el contrato celebrado entre las partes, lo que resulta necesario para que la cláusula arbitral sea válida a tenor del artículo II. 1 del CNY. Efectivamente, los conflictos surgidos entre las partes derivan del incumplimiento contractual de la demandada de lo estipulado en el mismo contrato en el que se establece la citada cláusula arbitral.
11. En tercer lugar, se cumple el **requisito de la arbitrabilidad**¹⁷ de la controversia (art II. 1 CNY), dado que se trata de un conflicto que afecta a los intereses privados de las partes, quedando por tanto sometidos a su autonomía de la voluntad, no encontrándose regulados por ninguna norma imperativa. Asimismo, el artículo 1. 5 de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI excluye de su aplicación todas aquellas materias que no resulten arbitrables en virtud de las leyes de los Estados, no estando contempladas ninguna de las controversias que aquí se discuten.
12. Por último, respecto a la **capacidad de las partes**, cabe destacar que el artículo V.1a del CNY, establece las normas de conflicto a través de un régimen por remisión a la ley aplicable, en este caso, la ley del Estado de la sede del arbitraje, Madre Patria, cuyas normas de conflicto¹⁸ nos

¹⁵ VAN DEN BERG, *ob.cit.*, p. 208 *et. seq.*, especialmente p. 217; SCHLOSSER, I. p. 343 *et seq.*; GAILLARD GOLDMAN, F, *op.cit.*, p. 272 *et seq.*; TWEEDDALE, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford p. 103 *et. seq.*

¹⁶ PERALES VISCASILLAS, M.P., “Novedades legislativas en el arbitraje comercial internacional: Ley Modelo de la UNCITRAL y Convenio de Nueva York”, *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol I (2008) 2, pp. 363-401: “La Opción II del art. 7 que ofrece la LMU consiste llanamente en ofrecer una definición del acuerdo de arbitraje reproduciendo el primer inciso del antigua 7.1º LMU, y haciendo desaparecer, (...) en particular la formulación relativa a la forma escrita Esta propuesta surgió en un estado muy avanzado de los trabajos de Uncitral por parte de la delegación mexicana y fue respaldada por un importante grupo de delegaciones no plenamente conformes con la Opción I (...) se entendió por un sector numeroso que era una propuesta “futurista” (...) por lo que la línea más segura y conservadora pasaba por continuar atados al concepto de escrito del CNY. Los defensores de la propuesta mejicana advirtieron, no obstante, que la formulación que proponían no resultaba incongruente con el CNY por aplicación del art. VII del mismo, esto es, de la disposición más favorable. A la postre ninguna de las dos propuestas fue rechazada o aceptada totalmente por el GT, y puesto que no eran irreconciliables se acordó mantener ambas en espera de que los Estados decidieran cuál de las formulaciones era más aceptable en su ordenamiento jurídico”.

¹⁷ United States Supreme Court, *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan* (1995); Dalico, Court de Appel Paris; Karl - Heinz Böckstiegel, “Public Policy and arbitrability”; Bernard Hanotiou, “L’arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen”; Antoine Kirry, “Arbitrability: currents trends un Europe”. Todos ellos distinguen entre la arbitrabilidad subjetiva (o *ratio personae*) y la objetiva.

¹⁸ Aunque en el supuesto de hecho planteado no se nos proporciona información acerca de las normas de conflicto de Madre Patria, hemos de entender, tal y como sucede en el Derecho material de los distintos países de la Comunidad Internacional, que será de aplicación la ley del domicilio de las partes. En Derecho español, en virtud del art. 9.11 del Código Civil y de la legislación en materia societaria, la ley personal de las partes se corresponde con la del domicilio y en el caso de las personas jurídicas será la de su nacionalidad. Véase a título de ejemplo GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J., “Derecho de Sociedades: Problema de la ley aplicable” en *Instituciones de Derecho Privado* tomo VI, p.29-47.

remiten a la aplicación de la ley del domicilio de cada una de las partes¹⁹: Cervantia y Andina.

2) Extensión del convenio arbitral

13. No plantea ningún problema la extensión de este convenio, dado que la cláusula de resolución de controversias por la que se formaliza, **reproduce textualmente el modelo de cláusula compromisoria recomendado** por el Reglamento de la CNUDMI en su artículo 1²⁰ y establece que: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato (...) se resolverá mediante arbitraje (...)”. Es unánimemente aceptado por la jurisprudencia internacional que la redacción en términos amplios²¹ de dicho convenio arbitral implica que todas las controversias que puedan surgir en el marco del contrato, se resuelvan mediante arbitraje.

3) El convenio arbitral es vinculante

14. Además de válido, el **acuerdo arbitral resulta vinculante** para las partes, en virtud de la propia redacción que se ha dado a la cláusula contractual. En ella las partes han establecido que “*las controversias se resolverán mediante arbitraje*”, no dejando espacio para la autonomía de la voluntad. Por ello, las partes necesariamente deben acudir a arbitraje. El hecho de que las partes hubieran incluido en el contrato otra cláusula por la que se comprometían a resolver sus controversias a través del procedimiento de conciliación, no obstaculiza el acceso al arbitraje debido a que ambas cláusulas constituyen conjuntamente la única que regula el procedimiento de resolución amistosa de controversias.
15. Dicho compromiso de resolución de controversias de forma amistosa se formalizó contractualmente a través de la siguiente cláusula: “*En caso de desavenencias derivadas del*

¹⁹ El Tribunal de Stockholm en ICC Caso 438/1986, II ICC AWARDS 264 (una controversia entre un demandante francés y un organismo de derecho público iraní) indicó que “la capacidad de las partes para acordar la cláusula de arbitraje se regía por la ley personal de cada una de las mismas”. El Tribunal Federal Suizo en Sentencia, de 5 de mayo de 1976, Caso *Société des Grands Travaux de Marseille* (Francia) v. *People's Republic of Bangladesh* determinó que “Todos las controversias concernientes al estatuto legal de una persona jurídica se someterían a la ley del Estado en el cual tuviera su sede y de la cual derivaba su capacidad legal” (Trad.prop.). Asimismo de acuerdo con la Sentencia de la Corte di Cassazione, de 27 de abril de 1979 en el caso de *Compagnia Generale Costruzione “COGECO” S.p.A v. Piersanti* relativo a una compañía italiana que contrataba con albañiles italianos para trabajar en Arabia Saudí, sostuvo que “el empleador no podía obligar a los empleados a someterse al arbitraje en Arabia Saudí porque la capacidad de los trabajadores nacionales italianos debía someterse a la ley del Estado Italiano del cual eran nacionales”. (Trad.prop.)

²⁰ Artículo 1 que establece como modelo de la cláusula compromisoria el siguiente: “Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución, o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal y como se encuentra en vigor”. Las cláusulas modelo de la CCI y de la LCIA están formuladas en términos similares.

²¹ Los tribunales ingleses han entendido que expresiones generales como “controversias” comprenden una jurisdicción amplia en el contexto del acuerdo específico de que se trate. Ver por ejemplo., *Woollf v. Collis Removal Service* (1984) 1 K.B. 11 párrafo 18; *F.G. Sykes (Wessex) v. Fine Fare Ltd* (1967); *The Angelic Grace* (1995). De modo similar, en EE.UU. se ha entendido que la expresión “controversias o reclamos” tienen un significado amplio tal y como se muestra caso *Prima Paint*, citado anteriormente, en el cual se interpretó que la frase: “toda controversia o reclamo surgido del presente contrato o en relación con él” constituía una cláusula compromisoria amplia. En el informe de Gélinas sobre “The elements of an effective arbitration clauses in ICCA Congress”, Serie no. 14, París 1998 p. 15 se afirma: “A menos que las partes deseen que determinadas controversias queden excluidas del arbitraje(...), se recomienda utilizar una cláusula redactada en términos amplios en lugar de una que pretenda enumerar absolutamente todos los tipos de diferencias que pudieran surgir”. Señala que la mayor parte de los jueces están dispuestos a acordar validez a términos amplios tales como los empleados en el modelo de la cláusula compromisoria recomendada por la CCI, que cabe recordar que está redactada en términos similares al modelo que prescribe el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a intentar resolverlas negociando de buena fe, y a través de la conciliación. Durante el periodo de negociaciones y durante la conciliación, las partes se comprometen a no iniciar ningún procedimiento arbitral o judicial. A falta de resolución de las desavenencias mediante estos métodos, las partes podrán iniciar un procedimiento arbitral”.

16. La mención a que las partes podrán acudir a arbitraje de no resolverse sus conflictos a través de la conciliación, no debe entenderse como una facultad de las mismas a llegar al acuerdo de iniciar el procedimiento arbitral, sino como la posibilidad de que tan solo una de ellas lo inicie en caso de que la otra le impida resolver amistosamente los conflictos. Por el contrario y si esta cláusula fuera facultativa, estaría contradiciendo la imperatividad del acuerdo arbitral establecido en el contrato.
17. Esta **interpretación** pretende ser integradora para permitir interpretar el contrato como un todo, dando carácter imperativo a la cláusula de resolución de controversias. En los convenios arbitrales, igual que en el resto de contratos, ha de hacerse una interpretación partiendo de la voluntad de las partes en el momento de contratar, para poder resolver de conformidad a los intereses de las mismas y a la manifestación que de ellos se hizo al contratar.
18. En virtud del **principio de interpretación de máxima efectividad**²², en caso de que una disposición contractual pudiera entenderse en dos sentidos, deberá hacerse una interpretación a favor de la validez de la cláusula y no en aquella que la prive de efectividad²³. Por ello, si interpretamos la cláusula relativa a la conciliación como facultativa, dejaría sin efecto la que hace referencia al arbitraje, lo cual carece de sentido dado que contraviene la voluntad de las partes²⁴.
19. La obligación de acudir a **la conciliación no constituye un procedimiento autónomo e independiente del arbitraje**, sino que juntos integran el proceso de resolución de controversias, y así lo reconoce el demandado en la respuesta a la notificación de arbitraje en su párrafo 16. Siendo por tanto una condición previa, no ha podido cumplirse por los intentos de retrasar el procedimiento de la demandada.
20. Todo esto, conlleva interpretar la cláusula que establece la necesidad de ir al arbitraje como **subsidiaria del procedimiento de conciliación**, pero, a su vez, como **única alternativa**. Por ello, de no poder resolverse las controversias a través de la conciliación, necesariamente deberán resolverse mediante arbitraje.
21. Es de aplicación el art.4.2 de la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI²⁵, dado que ha

²² Este principio está inspirado en el artículo 1157 del Código Civil Francés de acuerdo con el cual: “donde una cláusula pueda ser interpretada de dos formas diferentes, debe prevalecer la interpretación que permite a la cláusula ser eficaz frente a la interpretación que impide a la cláusula que ser eficaz” que ha sido adaptado por la mayoría de ordenamientos jurídicos. Entre ellos, art. 1284 del Código Civil Español.

²³ *Empresa Francesa v. Empresa Siria*, 108, J.D.I 927 (1981); *Compañía Francesa v. Ministerio de Arabia*, 108, J.D.I, 939; el Estado de Kuwait v. *Compañía Americana Independiente de Aceite (AMINOIL)*, 21 I.L.M. 976 (1982); Caso No. ARB/72/1 *Vacaciones Inns S.A v. el Estado de Marruecos*; *Mavian v Mavian*, 1992 Rev. Arb. 652.

²⁴ En un caso entre dos compañías israelíes v. un Gobierno de un Estado africano, el tribunal arbitral interpretó una cláusula patológica en el siguiente sentido: “al incluir una cláusula arbitral en el contrato, debe presumirse que las partes querían que fuera un mecanismo efectivo”. De hecho, ¿Qué sentido tendría haber introducido la cláusula si las partes no hubieran querido hacerla efectiva?

²⁵ Artículo 4.2 Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI: “La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de ésta última una aceptación de la invitación en el plazo de 30 días a partir

sido incorporada a los ordenamientos nacionales de los tres países. Dicho artículo otorga el derecho a mi representada a iniciar procedimiento arbitral, por entender fracasado todo intento de conciliación, dado que no recibió respuesta por parte de la demandada a sus invitaciones para iniciar la conciliación, hasta el 8 de agosto en que comunicó la intención de iniciar dicho proceso, es decir, más de un mes después de haber recibido la segunda invitación, lo que claramente está fuera del plazo de treinta días legalmente establecido como espera obligatoria a la respuesta, para la parte que solicita el inicio de la conciliación.

22. **La demandante está facultada de manera unilateral a iniciar el procedimiento arbitral**, puesto que dicha Conciliación no pudo llevarse a cabo, a pesar de los múltiples esfuerzos llevados a cabo por mi representada, debido a la **actitud pasiva²⁶ y de mala fe** adoptada por la mercantil INAM, S.A.
23. Mi representada envió una carta en la que se solicitaba el inicio de la Conciliación a fecha 24 de mayo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no 16), de la que no obtuvo respuesta. Posteriormente, el 1 de julio se envía una segunda carta poniendo en conocimiento de la demandada la urgente necesidad de iniciar el procedimiento conciliador para salvaguardar los derechos de la demandante. Ante dichas circunstancias mi representada se vio en la necesidad de iniciar el presente procedimiento Arbitral, amparándose en el art.13 de la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI, para tratar de **evitar que sus derechos se vieran vulnerados** como consecuencia de la actitud pasiva adoptada por la demandada.
24. El requisito previo de acudir a conciliación no pudo cumplirse a pesar de la buena fe²⁷ de mi representada, dado que los intentos de la demandada por obstaculizar dicho procedimiento hicieron que deviniera imposible.

4) No debe suspenderse el procedimiento arbitral

25. La demandada considera que la ley aplicable a la conciliación es la de Madre Patria (que ha incorporado a su ordenamiento la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI con la modificación del artículo 4.2) al presumir que si la sede de arbitraje se ha fijado en Madre Patria, también cabría pensar que la sede de conciliación se fijara en el mismo Estado. Entendemos que esta afirmación se basa en el argumento erróneo de identificar el derecho aplicable con el lugar de la conciliación. Ahora bien, la Ley Modelo de Conciliación no determina expresamente una conexión necesaria entre derecho aplicable a la conciliación y el lugar de la conciliación²⁸ y mucho menos entre la sede de la conciliación y la del arbitraje. Esta cuestión de determinación del lugar de la conciliación se deja al criterio de las partes, de común acuerdo, y en su defecto, a la normativa del derecho internacional privado²⁹.

de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra parte ha rechazado su oferta de conciliación”.

²⁶ Esta idea aparece recogida en los principales reglamentos de procedimiento y, para que sirva como ejemplo: DIS Mediation Conciliation Rules, Section 3.2: “...si la otra parte no contesta a la solicitud en el plazo de 30 días, o cualquier otro establecido por la actora, los procedimientos de conciliación o mediación ya no deberán iniciarse”; Section 3.4: “Si la DIS no recibe una respuesta en el plazo de 30 días desde el envío de la solicitud, o cualquier otro plazo establecido en la misma, deberá informar inmediatamente a la actora de que los procedimientos no se iniciarán”(Trad.prop).

²⁷ MAYER, P., “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international”, en *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, p. 543 (1993).

²⁸ CONWAY SHAWN, “The Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation”- *R.Mediation*

²⁹ Párrafo 30 de la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) en el cual se expone que “si bien en el proyecto inicial el lugar de conciliación era uno de los principales elementos determinantes de la aplicación de la Ley Modelo sin embargo, la

26. En la medida que no se ha acordado el lugar de conciliación entre las partes y asimismo existe una laguna legal en relación al derecho internacional privado, en favor de la previsibilidad y autorresponsabilidad³⁰ cabría aplicar analógicamente el artículo 10 párrafo segundo del Reglamento de Roma³¹ que al igual que otros textos internacionales³² establece como ley aplicable la del país donde tengan su residencia habitual, es decir, la ley de Conciliación de Cervantia o Andina.
27. No obstante, aún asumiendo que la ley aplicable a la conciliación fuese la de Madre Patria, como defiende la demandada, consideramos que ha sido rechazada la solicitud de inicio de la conciliación. El hecho de que ley de Madre Patria haya introducido la modificación establecida en 2002 en el artículo 4 (2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional por la cual se establece que: “La parte que haya invitado (...) **podrá** comunicar a la otra parte que considera que la invitación ha sido rechazada”, no resulta vinculante en la medida que ha sido redactada en términos potestativos, dando libertad a mi representada de comunicar o no que ha sido rechazada la invitación.

II.- MANTENIMIENTO Y LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

28. Ante la negativa de la demandada a iniciar las negociaciones, mi representada se vio obligada a solicitar medida cautelar ante el Tribunal de Instancia de Frestonia, Cervantia a fecha 1 de agosto, para detener la entrega de aparatos por parte de la demandada a nuestra competidora Drake Industries, que haría imposible el cumplimiento del contrato celebrado entre las partes. El hecho de solicitar a un tribunal nacional el dictado de medidas cautelares **no puede ser entendido como sumisión tácita a los tribunales ni tampoco un desistimiento** del arbitraje. En este sentido se muestra el art.9 de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI y el art.26.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Asimismo, se encuentra respaldado por multitud de casos jurisprudenciales de distintos tribunales internacionales³³, y contemplado en varios cuerpos normativos³⁴.
29. La cláusula de resolución amistosa de controversias por la que las partes acuerdan la celebración de un procedimiento de conciliación y durante cuyo transcurso impide acudir a cualquier tipo de procedimiento arbitral o judicial no se entiende vulnerada por la decisión de la

Ley Modelo no contiene ninguna regla objetiva para su determinación. El motivo de este silencio es que la Comisión llegó a la conclusión de que ese enfoque podría resultar incompatible con la práctica imperante puesto que las partes no designaban formalmente el lugar de la conciliación y en la práctica la conciliación podía tener lugar en varios sitios”.

³⁰ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, p. 75, definen el principio de autorresponsabilidad exponiendo que consiste en la imputación de la carga o riesgo de la internacionalidad a la parte que lo haya generado con su comportamiento.

³¹ Artículo 10.2 del Reglamento sobre ley aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I): “Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado 1”.

³² Convenio de Lugano.

³³ Vid. entre muchas: *Carolina Power Light Co v Uranex* (451, F. Supp.1044, 1051 (N.D.Cal.1977); “Le Panorama v. Société immobilière et mobilière du Tereré (SIMT)” (1986) *Rev. Arb* 233; Canada/Federal Court of Canada, Trial Division: *Relais NORDIK v Secunda Marine Services Ltd.* (February 19, 1988); *Hong Kong/ High Court of Hong Kong/Vibroflotation v Express Builders Co. Ltd.* (August 15, 1994).

³⁴ Reglamento de la CCI: “La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas (...) no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste”; Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés, art. 145; Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, en su art. 44; art. Ley de Arbitraje Española en su art. 11.3 y en el art. 722 *in fine* de la LEC.

demandante de solicitar medidas cautelares puesto que, como anteriormente hemos señalado, se realiza una vez se ha dado por terminado dicho procedimiento, al haber transcurrido los treinta días que el artículo 4 de la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI señala como plazo para aceptar la invitación.

30. Asimismo, es legítima la adopción de medidas cautelares por el tribunal en la medida que en el momento de la solicitud no se había iniciado el procedimiento arbitral³⁵. Esta actuación es apoyada por un sector doctrinal al considerar que hay un límite inherente al arbitraje que impide la adopción de medidas cautelares o provisionales, ya que el tribunal arbitral no es permanente sino que su constitución requiere un lapso de tiempo durante el que pudieran resultar necesarias y sólo los jueces estatales serían capaces de adoptarlas³⁶.
31. Con carácter general, en derecho comparado tienen competencia judicial para adoptar medidas cautelares o bien, los tribunales del lugar de ejecución de las mismas, o bien los que está conociendo la pretensión principal³⁷. Mi mandante solicitó las medidas cautelares ante los tribunales nacionales de Cervantía que según su Derecho Autónomo son competentes para su adopción en la medida que tienen competencia judicial para conocer de las pretensiones a título principal y/o accesorio si el lugar acordado para la entrega de las mercancías es Cervantía³⁸, como tiene lugar en este caso (Documento de prueba de la demanda no. 5).
32. Por ello, **resulta necesario mantener las medidas cautelares** dado que están presentes los factores que justifican su adopción³⁹: El requisito de “*fumus boni iuris*” o “apariencia de buen derecho” se mantiene vigente dado que las condiciones que legitimaron su dictamen por el tribunal judicial han permanecido inalteradas; e igualmente el requisito de “*periculum in mora*” o “peligro por la mora procesal”⁴⁰, continua siendo relevante dado que mi representada podría ver gravemente perjudicados sus intereses si los materiales objeto de dicha medida fueran entregados a Drake Industries, con la que la demandada se ha comprometido a su venta, durante el lapso temporal en que se desarrolle el procedimiento arbitral⁴¹.
33. En caso de que se resuelva a favor de mi representada, el laudo que en el marco de este procedimiento se dictare, quedaría sin efecto, puesto que el cumplimiento por parte de la

³⁵ Este criterio es acogido por el art. 23.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI estableciendo que “las partes pueden dirigirse a la autoridad judicial competente antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral (es decir, antes de que el tribunal arbitral esté en situación de dictar la medida)”. En el derecho Inglés, y en virtud de la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996, en su art.44, se establece que el tribunal judicial se encargará de dictar dichas medidas sólo cuando el tribunal arbitral no pueda actuar en forma eficaz y éstas resultaran urgentes para proteger los intereses del solicitante.

³⁶ GAILLARD GOLDMAN, F. *ob.cit.*, p. 721 *et seq.*; TWEEDDALE, *op cit* p. 298 *et. Sep.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*.

³⁷ Sirva como ejemplo el art. 23 del Reglamento 44/2001.

³⁸ Este foro de competencia principal con base en el criterio del lugar de entrega de las mercancías es un foro admitido comúnmente en los ordenamientos de derecho internacional privado de la Comunidad Internacional. Véase a este respecto el artículo 5.1 b) del Reglamento no. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

³⁹ LEW. *Comentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration cases*: “Ante la solicitud de medidas provisionales, en primer lugar el tribunal debe determinar si están presentes los factores que justifican la medida que se pretenda obtener”(Trad.prop).

⁴⁰ SAP Málaga, Sección 5ª, 22 de diciembre de 2004, “(...) el peligro en la demora encuentra su fundamento en la necesaria respuesta inmediata (...). Doctrinalmente se señalan como tipos de riesgos los siguientes: (...) b) Riesgos que amenazarían la efectividad de la sentencia en el supuesto de una ejecución específica.” Resulta aplicable dado que, de entregarse los bienes a Drake Industries no podría cumplirse el contrato.

⁴¹ Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, arbitraje nº2868, Asunto *Elf Aquitaine S.A.* (Francia) & *Odival S.A.* (Francia) demandantes v *Banco Santander Central Hispano, S.A.* (España) demandada, p.1 *et. seq.*

demandada resultaría imposible. Resulta necesario el mantenimiento del “status quo” arbitral, ya que, de condenar a la demandada a indemnizar a mi mandante por incumplimiento contractual, deberán incluirse los daños causados a su reputación al no poder cumplir con los terceros con los que ya se había comprometido a contratar (de permitirse la entrega del objeto litigioso a Drake Industries), al igual que los costes derivados de la pérdida de oportunidades de negocio, lo que resulta muy difícil de cuantificar y, en ningún caso resultará tan fructuoso como la entrega de los materiales cuyo compromiso de entrega se formalizó en el acuerdo contractual entre las partes y que la demandada procedió, de mala fe, a vender a un competidor directo de mi representada, causante de las controversias que aquí tratan de resolverse⁴².

III.- NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

34. Esta parte considera que, ante la falta de acuerdo, deberán designarse tres árbitros a tenor de lo establecido en el art. 10.2 de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, y los arts. 5 y 7 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Este razonamiento se encuentra igualmente sustanciado en diversos preceptos⁴³ y supuestos jurisprudenciales de distintos tribunales internacionales⁴⁴.

IV.- LA EXISTENCIA DEL CONTRATO E INTERPRETACIÓN DEL MISMO

A) Existencia de contrato (oferta/contraoferta y aceptación tácita)

35. Ambas partes han reconocido la existencia de un contrato de compraventa de 450.000 unidades de televisores, limitándose la discrepancia en este punto a dos aspectos muy concretos y relacionados entre sí: (i) el precio pactado por las partes, y (ii) la incorporación al contrato de los usos de Andina, país de INMAM.
36. Aunque la existencia del contrato no se discute por las partes y, por tanto, debe inferirse su perfección de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 CISG, resulta necesario repasar su iter de formación para concluir que el objeto de la compraventa se refiere a 45.000 televisores de 40 pulgadas a un precio de 2.500 euros por unidad, tal y como siempre ha sostenido TELCOM.
37. La carta de INMAM de 16 de febrero de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 3), constituye de forma indubitada una **oferta**, pues es claramente indicativa de la intención de INMAM de quedar obligado por un ulterior pedido de mi mandante y, asimismo, es precisa en cuanto a la mercadería, al precio y al lugar de entrega. En lo que respecta a la cantidad de televisores -extremo en el que las partes están de acuerdo-, debe entenderse que esta se señala de forma tácita cuando la vendedora alude a la número de unidades producidas y, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la propuesta ha de considerarse una oferta de adquirir del oferente (INMAM) lo que necesite el comprador (TELCOM) (en este sentido, para el caso de una oferta que no especificaba una cantidad suficientemente determinada, Federal

⁴² REDFERN, A. / HUNTER M., / BLACKABY, N. / PARTASIDES, C., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional* (2006).

⁴³ El artículo 25 del Reglamento de la London Court of International Arbitration, en su párrafo 1º legitima a los árbitros para adoptar un determinado tipo de medidas de protección y de aseguramiento de los bienes litigiosos, matizando en el párrafo tercero que “La facultad del Tribunal Arbitral contemplada en el artículo 25.1 no afectará al derecho de cualquiera de las partes a instar con anterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral (...)” (Trad.prop). En esta misma línea se pronuncian el artículo 23 párrafo 2 del Reglamento de la C.C.I de 1998 y el artículo 21.3 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la CIRD.

⁴⁴ Hong Kong/High Court of Hong Kong: *Fung Sang Trading Ltd. v Kai Sun Sea Products and Food Co. Ltd.* (October 29, 1991); India/Supreme Court of India: *MMTC v Sterlite Industries (India) Ltd.* (November 18, 1996).

Southern District Court Of New York, Estados Unidos de América, 10 de mayo de 2002, Federal Supplement, 201, 236 *et seq.*).

38. El 3 de marzo de 2008 mi mandante respondió a la oferta de INMAM (Documento de prueba de la demanda no. 4) introduciendo modificaciones que conforme al artículo 19.3 CISG deben reputarse sustancialmente alteradoras del contenido de dicha oferta, es decir, una **contraoferta**. Y ello por cuanto, al menos, introduce una previsión sobre solución de controversias no contemplada en la oferta inicial.
39. Por otra parte la contraoferta también introducía una previsión sobre el derecho aplicable que no contemplaba los usos de Andina, sino “aquellos principios, reglas y normas que deriven de la práctica comercial internacional”, como no se ha discutido de contrario.
40. Por tanto, dado que la contraoferta⁴⁵ debe considerarse como un verdadero rechazo de la oferta, tal y como la configura el artículo 19 CISG, no puede ser atendida la pretensión deducida de contrario en cuanto a la aplicación de los usos y costumbres de Andina. Ya que éstos no se han convenido y, en consecuencia, no pueden obligar a las partes conforme al artículo 9.1 CISG.
41. **INMAM aceptó la contraoferta** de mi mandante de forma tácita, tal y como permite el artículo 18.1 CISG, puesto que su silencio ha venido acompañado de actos que reconocen la existencia de relación contractual en los términos contraofertados por TELCOM, cuando en su contestación a la notificación de arbitraje (i) admite la existencia de un contrato de compraventa de 450.000 televisores (cantidad de la contraoferta) y (ii) admite la vigencia de las cláusulas de derecho aplicable y solución de controversias (Documentos de prueba de la demanda no. 10 y 15, Respuesta a la Notificación del Arbitraje puntos 5, 7, 13 y 19).

B) Interpretación del contrato para determinar su contenido (450.000 televisores, 40 pulgadas y fecha de entrega)

42. La primera de las discrepancias señaladas con anterioridad, relativa al precio pactado, proviene precisamente de la interpretación de las declaraciones de las partes previas al perfeccionamiento del contrato. Para resolver la cuestión planteada, son reiterados los pronunciamientos judiciales que aplican el artículo 8 CISG a las declaraciones de las partes o su comportamiento con anterioridad a la celebración del contrato⁴⁶. La labor hermenéutica a la luz de los criterios del mencionado artículo⁴⁷, conducirá, de forma insoslayable a corroborar la postura sobre el precio sostenida por mi mandante, puesto que tanto la intención de TELCOM como el sentido que un destinatario razonable hubiera dado a la oferta de INMAM:

⁴⁵ SCHLECHTRIEM, P., *Schlechtriem/Schwenzer, Comentary*, Artículo 19. HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. HUBER, P. / MULLIS, A., *The CISG: a new textbook for students and practitioners* (2007). DIÉZ-PICAZO, L., *Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (1998), ed. Civitas, pp. 186 *et seq.*

⁴⁶ Caso CLOUT no. 417 (Federal District Court, Northern District of Illinois, Estados Unidos, 7 de diciembre de 1999); Caso CLOUT no. 413 (Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 6 de abril de 1998); Caso CLOUT no. 189 (Oberster Gerichtshof, Austria, 20 de marzo de 1997).

⁴⁷ El artículo 8 CISG, establece que: “1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.”

(i) **La intención de TELCOM.** INMAM conocía sobradamente cuál era la intención de mi mandante respecto a lo que éste consideraba fundamental: las dimensiones del aparato, como así declaró TELCOM de forma expresa y reiterada desde el inicio de las conversaciones y tras constatar las inclinaciones de la demanda en el mercado (Documento de prueba de la demanda no. 2). Por tanto, si atendiendo a la intención manifestada por mi mandante, INMAM precisó el modelo de televisor ofertado por referencia a su tamaño (Documento de prueba de la demanda no. 3) no puede pretender con posterioridad que otro de los elementos esenciales de la oferta -el precio- deba ponerse en relación con una característica -lujo- ajena al criterio identificador de la mercadería en sí. En cuanto al uso alegado por INMAM (Documento de prueba del demandado no. 1), si bien el artículo 8.3 prevé que los usos pactados se empleen en la indagación de la voluntad contractual, como hemos visto con anterioridad no puede resultar aplicable al caso, al haber sido rechazada por esta parte en su contraoferta.

(ii) **El sentido razonable de la relación de precios de la oferta.** Si la intención respecto al tamaño manifestada por mi mandante y no desconocida por INMAM no fuera suficiente para colegir que el precio pactado (2.500 euros) era, precisamente, el del televisor cuyo tamaño coincidía exactamente con el producto ofertado por INMAM, deberá acudir al segundo criterio interpretativo del artículo 8 CISG, esto es, al sentido otorgado por una persona razonable al listado de precios de la oferta. Es obvio que cualquier destinatario razonable habría puesto en relación el tamaño del producto descrito con el listado de precios, ya que la característica que mejor definía al producto ofertado era, precisamente, su tamaño. Para determinar el sentido dado por una persona razonable no puede desatenderse el comportamiento ulterior de INMAM (artículo 8.3 CISG) que consistió, tal y como denunció mi mandante, (Documento de prueba de la demanda no. 13) en presentar en la campaña publicitaria por internet el producto litigioso al precio (2.500 euros) del que ahora reniega.

(iii) **El principio de buena fe.** Si bien la CISG no prevé la buena fe como criterio interpretativo de los contratos o de los actos de las partes, sino de la propia convención en sí (artículo 7 CISG) no han faltado pronunciamientos que declaren la vigencia de este principio general como criterio orientativo en la interpretación de las declaraciones contractuales⁴⁸. Tampoco la doctrina ha eludido considerar la buena fe como estándar de conducta en la fase precontractual⁴⁹. En este sentido, la conducta mantenida por INMAM -al suscitar una interpretación del contrato completamente contraria a la intención casualizada por las partes- no resiste la más mínima comparación con lo que debería ser una conducta orientada por la buena fe, al pretender valerse de la oscuridad ocasionada por su propia oferta a la hora de exigir un precio muy superior al aceptado por mi mandante.

43. Por último, cabe hacer mención a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2004), que deben ser tenidos en cuenta en el presente caso como un verdadero uso tácitamente adoptado por las partes⁵⁰. Dichos Principios apoyan la postura de mi representada sobre el precio acordado. Y ello porque en los Principios UNIDROIT -que se muestran en sintonía con todo lo dicho hasta ahora sobre el CISG- la buena fe anteriormente

⁴⁸ Caso CLOUT no. 251 (Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 30 de noviembre de 1998); Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Hamburgo, 21 de junio de 1996.

⁴⁹ PERALES VISCASILLAS, M. P., *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Valencia (1996), p. 137 *et seq.*

⁵⁰ Como señala el preámbulo de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2004: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”. Adicionalmente, deben entenderse como uso tácitamente incluido por las partes conforme a lo previsto en el artículo 9.2 CISG. En este sentido se han pronunciado el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia (laudo No. 229/1996) y la Corte de Arbitraje de la CCI (laudo No. 9333).

aludida cristaliza como criterio hermenéutico. De esta forma, el artículo 4.6 de dichos Principios (interpretación *contra proferentem*) imposibilita la interpretación suscitada por INMAN, y establece que “si los términos de un contrato por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”.

44. En el presente caso, la declaración oscura procede inequívocamente de INMAN y por lo tanto debe ser interpretada en su contra. Por si esto fuera poco, habiendo producido sobre mi mandante el razonable entendimiento de que el precio de las unidades contratadas ascendía a 2.500 euros, el artículo 1.8 de los Principios impide el comportamiento de INMAN, al establecer la prohibición de “actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

V.- INMAN INCUMPLE EL CONTRATO POR ENTREGAR LOS TELEVISORES CON PRETENSIONES DE TERCEROS

A) El vendedor está obligado a entregar los televisores libres de pretensiones de un tercero

45. El artículo 42 de la Convención de Viena establece la obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de cualquier derecho o pretensión por parte de tercero, en materia de propiedad industrial o u otro tipo de propiedad intelectual. Esta obligación es incumplida de manera clara por INMAN.

1) Existen pretensiones jurídicas del tercero fundadas y basadas en la propiedad industrial

46. En relación a las **pretensiones jurídicas** que Drake Industries comunicó a TELCOM (*vid.* hechos de 20 abril de 2008), basta que las mismas sean meras pretensiones sin que sea necesario que se ejerciten las acciones legales pertinentes, para que se entienda incumplida la obligación del vendedor.
47. Cabe añadir que el vendedor responderá de las pretensiones jurídicas del tercero ya sean **fundados o infundados**⁵¹. En nuestro caso son fundadas, pero incluso aunque fueran infundadas, el vendedor también tiene la obligación de entregar los televisores libres de pretensiones. Este tipo de protección para el comprador no está pensada simplemente para el caso de una compraventa de cosa ajena, sino precisamente para cualquier pretensión jurídica y no solo la basada en títulos de propiedad, en concreto, se trataría en nuestro caso de propiedad intelectual.
48. Dada la dificultad para determinar si dichas pretensiones eran fundadas o no y la necesidad de paralizar toda promoción y/o comercialización de los televisores objeto de las mismas,

⁵¹ SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*: “El vendedor incumple su obligación no solo si las pretensiones de terceros son válidas, es decir, si el tercero tiene derechos sobre las mercancías; también incumple su obligación si el tercero ejercita una reclamación con respecto a las mercancías. La razón de esta regla se encuentra en el hecho de que una vez que un tercero ejercita una reclamación con respecto a las mercancías, hasta que se resuelva dicha reclamación, el comprador se enfrentará a la posibilidad de litigio con posibilidad de responder ante el tercero. Esto es así incluso aunque el vendedor pueda asegurar que la reclamación del tercero no es válida. En ambos casos, el tercero puede comenzar un litigio que conllevará pérdida de tiempo y dinero para el comprador, que puede tener la consecuencia del retraso en el uso o reventa de las mercancías. Es responsabilidad del vendedor eliminar esta carga con respecto al comprador” (Trad. prop.).

TELCOM solicitó un informe del despacho de abogados Gades & Pernía, especializado en propiedad intelectual e industrial y derecho de la competencia. El citado informe fue recibido el día 17 de abril de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 6) ⁵².

49. En el citado **dictamen jurídico** se advertía de que, a pesar de no existir unas similitudes evidentes entre los productos de INMAM y los de Drake Industries, no se puede descartar un posible procedimiento judicial que, además podría influir de manera muy negativa en la imagen de la demandante. En este sentido, existen decisiones jurisprudenciales que establecen que “la mera proyección de una sombra sustancial sobre su título, sin consideración al resultado final, es suficiente para violar la garantía...”⁵³.
50. Por ello, aunque las pretensiones pudieran calificarse de infundadas, es necesaria la protección del artículo 42 CISG ya que el enfrentamiento del comprador a las reclamaciones por parte de Drake, fundadas o no, sería costoso y duradero, especialmente si las reclamaciones tienen lugar ante los juzgados, como parece ser la intención de Drake Industries, como su historial así lo demuestra (Documento de prueba de la demanda no. 6). La idea básica es que a TELCOM le pueden causar perjuicios las pretensiones de Drake, así, lo que se tiene que proteger es el interés de TELCOM en **no adquirir un pleito**⁵⁴.
51. En un momento tan turbulento en el mercado en el que trabaja TELCOM, y dada nuestra intención de posicionarnos como líder en el mercado, es inadmisibles cualquier tipo de publicidad negativa. Aunque las reclamaciones de Drake fueran desestimadas, TELCOM se vería gravemente afectada por las dudas creadas en cuanto a la exclusividad de sus productos. Además, esto afectaría a las “relaciones cordiales y transparentes” (Documento de prueba de la demanda no. 5) que vienen manteniendo ambas empresas a pesar de su competencia; lo que perjudicaría profundamente a TELCOM.

2) Las pretensiones tienen su raíz antes del momento de la entrega

52. Resulta esencial determinar el momento en el que surgieron las pretensiones para poder asegurar el incumplimiento del vendedor. En este caso y como evidencia el informe jurídico antes mencionado y la **carta de Drake Industries** que recibió mi mandante a fecha de 28 de marzo de 2008, las pretensiones jurídicas y derechos de carácter industrial ya existen en el momento actual, es decir, **antes de la entrega**.

⁵² RAUDA, Ch./ ETIER, G., *Warranty for Intellectual Property Rights in the International Sale of Goods*: “En caso de que un tercero ejerza una reclamación, no es necesario que ésta tenga una base jurídica. El vendedor será responsable incluso por las reclamaciones infundadas o aquellas cuyo único objetivo es dañar al comprador. El objetivo del artículo 42 CISG es evitar que el comprador tenga que hacer frente a las pretensiones de terceros” (Trad. prop.).

LOOKOFSKY, J., *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*: “El artículo 42 protege al comprador contra reclamaciones de tercero. La mera aserción de tal reclamación constituye una violación por el vendedor y autoriza al comprador para ejercer los remedios que la Convención proporciona” (Trad. prop.).

En este sentido, se han pronunciado Secretariat’s Commentary, *Official Records*, artículo 39, no. 3, p. 36; SCHWENZER, en VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar*, artículo 41, n. 10; HUBER, “Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge”, en *RABELSZ*, 43 (1979), p. 501; MAGNUS, *UN-Kaufrecht*, Artículo 41, no. 15.

RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen mangels im Rechte*, “Artículo 41” en DIÉZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 370.

⁵³ Tribunal de New Jersey, *Asunto American Container Corp. v. Hanley Trucking Corp.* (1970).

⁵⁴ HONNOLD, J., *ob. cit.*, p. 266.

53. En la citada carta se nos informó de la voluntad de Drake Industries de ejercitar las correspondientes acciones legales ante cualquier acto de promoción y/o comercialización de los nuevos televisores que continuara llevando a cabo la demandante (Documento de prueba de la demanda no. 5). Dichas acciones legales tendrían su base en una serie de similitudes entre los productos que comercializaba Drake Industries y los que iba a recibir mi representada de INMAM y, posteriormente, comercializar.
54. La CISG establece una concepción objetiva de la responsabilidad del vendedor y afirmar que responderá de aquellas pretensiones que tengan su raíz en el tiempo anterior a la entrega, sean éstas fundadas o no⁵⁵.

3) Comunicación a INMAM de la existencia de pretensiones de terceros en plazo razonable

55. Nuestro comportamiento se ajustó en todo momento a lo establecido en el artículo 43.1 CISG, de este modo, la existencia de dichas pretensiones por el tercero fue comunicada al vendedor⁵⁶ en un plazo razonable⁵⁷ a partir de su conocimiento (artículo 43.1 CISG) (Documento de prueba de la demanda no. 7).

4) Concesión de un plazo para que desaparezcan

56. Las pretensiones que afectan a las mercaderías encargadas por TELCOM tienen que haber desaparecido en el momento de la entrega, ya que de no ser así, INMAM estaría incumpliendo efectivamente las exigencias del artículo 42 CISG.

B) INMAM no pudo ignorar la posibilidad de que existieran dichas pretensiones por parte de Drake Industries

57. TELCOM no conocía ni podía conocer la existencia de la posible litigiosidad en la comercialización de los aparatos de televisión. Solamente fue consciente de ello al recibir el escrito de Drake Industries el 28 de marzo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 5).
58. Por el contrario, INMAM no pudo ignorar la posibilidad de existencia⁵⁸ de las pretensiones de Drake en el momento de celebración del contrato, debido a su posición en el mercado y a la larga trayectoria de colaboración entre las dos empresas. Entendemos, por tanto, que la demandada, conocedora de las características de sus productos, y como consecuencia de su posición en el mercado, debería conocer también los productos de Drake Industries de forma que debió o no pudo haber ignorado la similitud entre ambos. El conocimiento del vendedor debe referirse a la existencia de un derecho o una pretensión fundados en la propiedad

⁵⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Artículo 41” en DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 372.

⁵⁶ Principios UNIDROIT, Artículo 1.10.

⁵⁷ SCHLECHTRIEM, P., *ob. cit.*: “La regla de conducta de las partes de acuerdo con los estándares de “una persona razonable” debe ser considerada como un principio general de la Convención”.

HONNOLD, J., *ob. cit.*: “Ha de determinarse lo que es razonable a través de la averiguación de lo que es considerado normal y aceptable en el comercio relevante” (Trad. prop.).

Aunque en este caso sea de aplicación la Convención de Viena, en el mismo sentido y referido a operaciones transfronterizas, los Principios de Derecho Europeo de los contratos (PECL) argumentan de la misma manera. *Vid.* artículo 1:302.

⁵⁸ SCHLECHTRIEM, P., *ob. cit.*: “El vendedor ha de informarse acerca de la posibilidad de existencia de pretensiones en material de propiedad industrial de terceras personas antes de proceder a la venta de las mercaderías” (Trad. prop.).

industrial o intelectual, sin que se requiera el conocimiento preciso de su eficacia o de su alcance económico. Lo realmente importante es que INMAM tenía el **deber de conocer** las pretensiones de Drake, y no actuó conforme la existencia de las mismas.

59. Se ha llegado a defender, por parte de los comentaristas a la CISG, la existencia de un deber del vendedor de informarse respecto a la posible existencia de pretensiones de tercero. Aunque no se entienda la existencia de dicho deber de información o investigación, sino que se sostenga que el artículo 42 alude con esa expresión “a hechos que están ante los ojos de quien puede ver”⁵⁹, basta que INMAM no lo hubiera podido ignorar para que fuera responsable de ello y por tanto tuviera que garantizar. Se trata de aligerar la carga de la prueba de que los hechos que están ante los ojos han alcanzado la mente⁶⁰. Se trataría por tanto de una responsabilidad basada en la vulneración de un deber de cuidado del vendedor⁶¹.

Por todo ello, la obligación del vendedor dependerá de los hechos de los que pueda deducirse ese conocimiento. De las propias palabras de INMAM se puede deducir que conocía la existencia de los productos de Drake Industries y las posibles similitudes con sus propios productos, “Nuestro soporte de aluminio posee un diseño distinto al de sus televisores, porque nuestro Departamento de Diseño trabajó duro en ello; y, además, es un soporte mucho más ligero y manejable que el de los NV-7 ½” (Documento de prueba de la demanda no. 8). En este contexto, INMAM está claramente admitiendo que conoce de los productos de Drake y también de los métodos y procesos de MACROHARD, ya que llevan compitiendo durante años en el mismo mercado (*vid.* hechos de 25 de abril de 2008).

C) Las pretensiones de Drake se basan en la propiedad industrial reconocida en la ley de Cervantia

60. La aplicación del artículo 42 CISG está supeditada al hecho de que “las pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento”. TELCOM y Drake Industries tienen sus establecimientos en Cervantia, y éste es el mercado en el que compiten y en el que se van a poner en circulación los televisores; por lo que entendemos que resulta de aplicación, al cumplirse los requisitos necesarios para ello, el artículo 42 CISG.

VI.- INMAM INCUMPLE EL CONTRATO POR FALTA DE CONFORMIDAD MATERIAL DE LOS TELEVISORES

61. En el contrato se pactó que los televisores fueran originales y gozarán de un diseño único. Tal y como afirmó INMAM en su escrito de fecha 16 de febrero de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 3), “El producto que hemos concebido posee una tecnología y diseño exclusivos e inéditos correspondiendo a la gama alta de estos productos tanto en vuestro mercado como a nivel internacional. La originalidad os garantizará una buena cuota de mercado”. Por nuestra parte, la compra de los televisores estaba supeditada a que se tratara de unos aparatos tan novedosos como afirmaba la vendedora y así se lo hicimos saber en nuestro escrito de fecha 3 de marzo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 4).
62. Es evidente que el producto preparado para la entrega no goza de la originalidad y exclusividad prometida en el contrato, por lo que si se le entrega a TELCOM en las condiciones en las que

⁵⁹ HONNOLD, J., en MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Artículo 42” en Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 385.

⁶⁰ MORALES MORENO, A., en MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Artículo 42” en Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 386.

⁶¹ LANGENECKER, *UN-Einheitskaufrecht*, p. 185.

actualmente se encuentra, no es apto para cumplir con la finalidad prevista en el contrato. Los televisores fabricados por INMAM no son de la calidad ni del tipo estipulados en el contrato⁶² incumpléndose la obligación establecida por el artículo 35.1 CISG.

63. En caso de no entenderse que existe una falta de conformidad en relación a lo pactado por las partes, se aplicará subsidiariamente el apartado segundo del artículo 35 CISG⁶³. Los televisores no son conformes para el uso que expresamente se hizo saber al vendedor cuando establecimos en nuestra carta de 3 marzo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 4) que “si se trata de un aparato tan novedoso como decís [...] deseamos encargarnos 450.000 aparatos”. Los televisores carecen de las novedosas características prometidas y por tanto no pueden ser utilizadas por el comprador (revendidas) como aparatos originales y únicos. Por ello la situación coincide con aquella que el artículo 35.2.b CISG establece como un tipo de falta de conformidad.
64. Este precepto ofrece protección a los compradores que razonablemente confían en la pericia (“competencia o juicio”) del vendedor en el conocimiento de las mercaderías con las que trafica. TELCOM confió en el conocimiento de INMAM de los productos (párrafos 59 y 64) y, como se ha argumentado en el párrafo 58, TELCOM no pudo conocer que los televisores no serían aptos para el uso especial que se considera.

VII.- POSIBILIDAD DE EVITAR LAS PRETENSIONES DE TERCERO Y QUE LA MERCANCÍA SEA CONFORME EN EL MOMENTO DE LA ENTREGA

A) Intento de que INMAM consiga que MACROHARD garantice que no emprenderá acciones legales

65. Ante el problema surgido con las pretensiones de Drake Industries y debido a las conclusiones que resultan del dictamen jurídico de Gades & Pernía, creímos conveniente solicitar a INMAM que consiguiera que MACROHARD se comprometiera a no emprender acciones legales. En caso de que esto llegara a ser así, las pretensiones de Drake desaparecerían. Esto fue comunicado en el escrito de 20 de abril de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 7): “Si bien somos conscientes de vuestras tensiones con MACROHARD en el sector del software, creemos necesario que obtengáis algún tipo de garantía por su parte de que no emprenderán acciones legales. Puesto que lleváis años compitiendo con sistemas operativos rivales, [...]. No debería resultar difícil obtener una comunicación pública por su parte, donde declaren que vuestros sistemas operativos son diferentes y no tienen nada que ver. Ello tranquilizaría a los consumidores, y rebatiría cualquier pretensión de Drake Industries”.
66. De hecho, entendemos que INMAM asumió la existencia de controversias en relación al sistema operativo de MACROHARD (utilizado por Drake Industries), ya que en su escrito de 5 de mayo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 10) advierte de manera expresa que “arreglar nuestras diferencias con MACROHARD es algo que concierne exclusivamente al nivel de dirección estratégica de nuestra empresa y a nadie más”. Por lo tanto, aún asumiendo su error y la falta de conformidad de las mercaderías, no ejerció acción alguna para evitar los errores.

⁶² BIANCA / BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, artículo 35, 2.4, p. 273.

Secretariat's Commentary on the 1978 draft, artículo 29, núm 3, en HONNOLD, J., *Documentary history of the Uniform Law for International Sales* (1989), p.419. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 57. RABELSZ, 43 (1979), p. 413 *et seq.*, 483 *et seq.*

⁶³ MORALES, A.M., en DIEZ-PICAZO, *ob. cit.*, artículo 35, p. 299.

B) Ante la negativa de INMAM a cooperar, TELCOM ofrece otra vía alternativa para que cumpla con su obligación de entregar mercaderías libres de pretensiones de tercero

67. Las mercancías tienen que estar libres de pretensiones de tercero en el momento de la entrega y para que eso sea así, INMAM tenía que haber conseguido que MACROHARD diese garantías de no ejercitar acciones legales. Como esto no se consiguió y ni siquiera se intentó, la única solución posible para nosotros fue solicitar modificaciones en las mercaderías que evitaran las pretensiones de Drake Industries.
68. TELCOM optó por mantener el contrato y solicitar la adopción de ciertas medidas para evitar las pretensiones de Drake y solucionar los defectos jurídicos debido al especial interés que ostenta (Documento de prueba de la demanda no. 14). Por su parte, **INMAM se mostró reacia a la adopción de dichas medidas**. Ante ello, la demandante no desistió en su petición de reparación, lo que demuestra el especial interés de ésta por, como ya comentamos anteriormente, mantener el contrato y “hacer todo lo posible para evitar problemas”.
69. La adopción de las medidas que propones consiste en mantener los televisores que están preparados para su entrega, sustituyendo simplemente el soporte de aluminio que tienen actualmente por otro que no plantee problemas con Drake. Para facilitar las cosas y no perder tiempo, la **sustitución de los soportes de aluminio**, con el fin de evitar cualquier tipo de problema con Drake Industries, es la mejor solución. Como hemos comentado anteriormente (*vid.* párrafo 62), es imprescindible para TELCOM evitar cualquier tipo de acción legal por parte de Drake Industries ya que esto afectaría gravemente a su posición de líder y a su prestigio y reputación en el mercado.

1) Remedio no previsto expresamente

70. El artículo 46.3 CISG permite al comprador exigir al vendedor la reparación de las mercaderías cuando éstas no fueran conformes al contrato, hemos de entender que esta posibilidad no se restringe en exclusiva a los supuestos de falta de conformidad material. También cabrá su aplicación a los supuestos en los que sobre las mercaderías pesan las pretensiones jurídicas de un tercero basadas en propiedad intelectual que hace que éstas no sirvan para los fines previstos en el contrato (ponerlas a la venta en Cervantia)⁶⁴.
71. La ratio del artículo 46.3 CISG es que normalmente se encuentra en el ámbito de actuación del vendedor suplir la falta de conformidad material (ej.: cantidad, calidad o tipo). Por ello, algunos autores consideran que en el caso de pretensiones de terceros, el vendedor no tendría esa posibilidad de evitarlo a través del remedio de la reparación. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el vendedor tiene la posibilidad de solventar el problema del incumplimiento de la obligación del artículo 42 CISG, con la simple sustitución de los soportes; tal y como la demandante le comunicó en su carta de 28 de marzo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 7).

⁶⁴ SCHLECHTRIEM, P., *ob. cit.*: “En mi opinión, sin embargo, es más natural poner que las infracciones por una real o presunta reclamación de una tercera persona están en mismo nivel a la no conformidad, porque la responsabilidad del vendedor por la libertad de reclamaciones adversas no es absoluta, sino simplemente condicionada al correspondiente deterioro de “utilidad” de los bienes” (Trad. prop.).

72. Por ello, resulta procedente en este caso acudir al remedio de la subsanación, en concreto, a través de la reparación prevista en el artículo 46.3 CISG consistente en sustituir el soporte que plantea problemas con Drake⁶⁵. De este modo, INMAM evitará su incumplimiento de los artículos 35 y 42 CISG.

2) Nuestra petición es razonable

73. La solución que propusimos y seguimos proponiendo a INMAM es totalmente razonable, ya que nuestra intención de cumplir con el contrato es evidente en todo momento y la sustitución de los soportes no supone una carga excesivamente desproporcionada para INMAM.
74. Para que el remedio solicitado por nosotros resulte efectivo y pueda llevarse a cabo de la manera más rápida y sencilla posible, y en atención al principio de **colaboración**⁶⁶, facilitamos a INMAM “un gráfico y una muestra de otro soporte”, además de los datos del proveedor de dichos soportes. Se trata de un proveedor de confianza cuyo establecimiento se sitúa en Andina, país de la demandada. Con ello sólo buscamos facilitar la labor de INMAM y poder evitar así el retraso en la entrega de las mercancías aducido posteriormente por INMAM (Documentos de prueba de la demanda no. 3 y 4), además de abaratar los costes.
75. Es además razonable solicitar la reparación en este momento, ya que de esa manera se evitarán los excesivos e innecesarios gastos que se derivarán en el caso de esperar al momento de la recepción de las mercancías.

3) La petición de reparación se realiza con plazo suficiente

76. Según establece el propio artículo 46.3 CISG, la petición de reparación ha de realizarse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 CISG o en un plazo razonable a partir de ese momento. El citado precepto hace referencia a la necesidad de que “el comprador invoque la falta de conformidad de las mercaderías al vendedor, en un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto”.
77. En fecha de 28 de marzo de 2008, TELCOM conoció el hecho que provocaría la disconformidad de las mercaderías tanto por falta de conformidad como la existencia de pretensiones jurídicas (Documento de prueba de la demanda no. 5) y en la misma carta en que se notifica a INMAM la existencia de las pretensiones, se solicita la reparación de las mercancías (Documento de prueba de la demanda no.7).

4) INMAM debe asumir los costes de la reparación

78. El **coste de las reparaciones ha de correr a cargo de INMAM** como consecuencia de su incumplimiento⁶⁷. El vendedor tiene la obligación de “entregar las mercancías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero...” (artículo 42 CISG) y, por ello, en caso de no ser así, éste deberá asumir los costes necesarios para evitar dichas pretensiones, en este caso a través de la sustitución de los soportes.

⁶⁵ Principios UNIDROIT, Artículo 7.2.3.

⁶⁶ Artículo 5:102 PECL. Principios UNIDROIT, Artículo 5.1.3.

⁶⁷ Principios UNIDROIT, Artículo 6.1.11.

Vid. Principios UNIDROIT, Artículo 7.1.4. (1).

La necesidad de llevar a cabo las citadas reparaciones surge como consecuencia del incumplimiento por parte de INMAM y no por voluntad propia y ajena de la demandante, ya que de haber conocido la existencia de las controvertidas pretensiones, no habría continuado celebrando el contrato.

79. A pesar de que lo acontecido es responsabilidad única de INMAM, si la demandante tuviera que hacerse cargo de los costes de la reparación solicitada, el precio a pagar por cada nuevo soporte sería inferior a los 150 euros que alega INMAM (Documento de prueba de la demanda no. 10). A los 100 euros que costarían los nuevos soportes, habría que descontarle el precio de los antiguos, ya que éstos quedarían en posesión de INMAM, pudiendo ésta, incluso reutilizarlos.

5) La reparación era necesaria en el justo momento en que se solicitó

80. Antes de la fecha de entrega ya era patente que INMAM incurriría en incumplimiento esencial del contrato, por ello TELCOM le proporcionó un plazo razonable para que diera garantías suficientes de que cumpliría sus obligaciones.
81. Tras la negativa a obtener una declaración de Drake, nos vimos obligados a exigir la reparación e INMAM accedió a ella en escrito con fecha de 20 de abril de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 7), tal y como podemos deducir de sus propias palabras: “Procedemos de inmediato a implantar los cambios solicitados” (Documento de prueba de la demanda no. 10) y “hemos accedido a incorporar las modificaciones que habéis sugerido” (Documento de prueba de la demanda no. 12)⁶⁸.
82. A pesar de las facilidades que ofrecimos a la demandada, y de que esta última se comprometiera a llevar a cabo la reparación solicitada; existió una **grave inactividad por parte de INMAM**, apreciada por mi mandante en el momento en que ante nuestro requerimiento el proveedor facilitado nos informa de que “el pedido de piezas sigue en su almacén” (Documento de prueba de la demanda no. 14).
83. De forma sorpresiva, INMAM pretendió que los costes corrieran a cargo de mi mandante, tal y como se deduce del escrito de 5 de mayo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 10) en el que se nos informó que le coste subiría 150 euros por unidad, ascendiendo a un total de 3.650 euros. Con ello, no solo quería que nosotros asumiéramos los costes, sino que, además, íbamos a soportar los costes de los soportes que iban a quedar en posesión de INMAM (100 euros por unidad).

C) En este momento, se hace absolutamente necesaria la medida cautelar

84. El incumplimiento por parte de INMAM de su obligación de proceder a la reparación de los televisores se ve agravado con la venta de los mismos, que lleva a cabo el día 20 de mayo⁶⁹ (Documento de prueba de la demanda no. 15) ya que el contrato seguía vigente. Si esta venta llegara a consumarse, el cumplimiento de la obligación por parte de INMAM devendría imposible.
85. Por ello, TELCOM se ve obligada a acudir a la justicia ordinaria de Frestonia (Cervantia) solicitando la imposición de **medidas cautelares** dada la absoluta necesidad de que estas se

⁶⁸ Principios UNIDROIT, Artículo 7.1.4.

⁶⁹ Artículo 2:301 PECL.

dicten en el menor tiempo posible. La voluntad de la demandante es evitar que se produzca la entrega de las mercancías a Drake Industries, y que por tanto se consuma ese contrato. Si esto llegara a producirse, no se podría seguir adelante con la voluntad de TELCOM de mantener su contrato en vigor.

Estas medidas cautelares son solicitadas en ejercicio de la obligación establecida en el artículo 77 CISG: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento”.

86. Entendemos probada la falta de conformidad de las mercaderías con respecto a lo pactado por las partes y la existencia de pretensiones de tercero, y por tanto la legitimación de la demandante para solicitar su reparación.
87. En carta de 16 de mayo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no.13) TELCOM informó a INMAM de que “En caso contrario, lamentamos decirles que no podríamos aceptar el pedido”. Dicha declaración tiene carácter condicional, por lo que sólo en caso de que no se llevara a cabo la reparación de las mercaderías TELCOM podría optar por declarar resuelto el contrato. **No se trata por tanto de una declaración de resolución del contrato**, ya que para ello se exige que la declaración de resolución se comuniqué a la otra parte (artículo 26 CISG). Entendemos que no se da en este caso declaración alguna de resolución.

VIII.- NECESIDAD DE QUE EL TRIBUNAL ORDENE EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO Y QUE PERMANEZCA LA MEDIDA CAUTELAR

A) El Tribunal deberá ordenar a INMAM el cumplimiento específico

88. Consideramos absolutamente imprescindible que se ordene el **cumplimiento específico** de lo que entendemos se ha convertido en una obligación de INMAM⁷⁰. En el momento en que ésta recibe la solicitud enviada por TELCOM de reparación de las mercancías (Documento de prueba de la demanda no. 7), surgirá una obligación para INMAM⁷¹ dado que, como ya hemos visto (*vid.* párrafo 74), se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 46.3 CISG.
89. El remedio jurídico de la acción de cumplimiento tiene, en la mayor parte de los Estados, un carácter primario, mientras que la acción de indemnización de daños y perjuicios lo tiene secundario. El cumplimiento específico se considera como una consecuencia natural del principio *pacta sunt servanda*⁷². Esto es lo que ocurre en los países con sistemas de “Civil Law”, mientras que en aquellos con “Common Law” como pueden ser Reino Unido o Estados Unidos, no se prevé dicha posibilidad. En ellos se ordenará la resolución del contrato y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios automáticamente. La Convención de Viena no quiso establecer una obligación para aquellos tribunales que en atención a su propia legislación no estarían habilitados para ordenar el cumplimiento específico. La razón de ello se encuentra en que dicha previsión iría contra el orden público de estos estados.

⁷⁰ SCHLECHTRIEM, P., *ob. cit.*: “Si las mercancías no se corresponden con la descripción contractual, el comprador puede exigir al vendedor la reparación para remediar la falta de conformidad, a menos que no sea razonable (artículo 46 (3))” (Trad. prop.). Esto es claramente un recurso del cual resulta la correspondiente obligación del vendedor de entregar bienes o sustituir a la reparación, a solicitud del comprador. Principios UNIDROIT, Artículo 5.1.1. Principios UNIDROIT, Artículo 5.1.2.

⁷¹ Artículo 6:111 PECL.

⁷² DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 231.

90. De la lectura del artículo 28 CISG no queda claro si la remisión que realiza a la ley del tribunal tiene carácter procesal o material. Debemos entender que dicha remisión se realiza a la *lex fori*, porque entendemos que se trata de una remisión procesal. Esto quiere decir que la ley aplicable será la del lugar donde se lleva a cabo el juicio⁷³.
91. Es evidente que al encontrarnos ante un problema específico, en este caso no acudimos ante un tribunal al uso, sino que resolverá el asunto un tribunal arbitral. Analógicamente deberemos entender que se deberá aplicar la ley de la sede de arbitraje. Por todo ello, la remisión a la *lex fori* encuentra su ratio en el hecho de que será ella la que regule la ejecución de la decisión del tribunal. Sin embargo, en este caso, la sede del arbitraje no coincidirá con el lugar de ejecución. La sede del arbitraje es Madre Patria, mientras que el lugar de ejecución será el del domicilio del demandado, es decir, Incaica (Andina). Por ello, deberá aplicarse al presente caso la ley del lugar de ejecución, es decir la de Andina, que permite al tribunal ordenar el cumplimiento específico de las obligaciones de cualquiera de las partes.

B) Plazo para reparación de un mes

92. Con el fin de no perder el derecho a las ayudas públicas, creemos necesario establecer un **plazo razonable** para que dicho cumplimiento específico se lleve a cabo que tendrá como fecha límite el **15 de Octubre**⁷⁴. Mi mandante acepta el retraso en la entrega de las mercancías de un mes (Documento de prueba de la demanda no. 11), ya que en su opinión éste es un plazo razonable para proceder a una reparación solicitada con suficiente antelación y sin necesidad de búsqueda de un nuevo proveedor de soportes. Éste fue proporcionado por la demandante, intentando que fuera de confianza y tuviera su establecimiento en Andina (Documento de prueba de la demanda no. 9), de manera que el retraso que podría provocar la reparación de las televisiones fuera mínimo. Por ello, el plazo ya aceptado resultará suficiente y razonable para que INMAM lleve a cabo la reparación solicitada produciéndonos los mínimos perjuicios posibles.

C) La medida cautelar tiene que permanecer necesariamente

93. Debido a lo anteriormente expuesto, es necesario que **permanezca en vigor la orden cautelar** emitida por el tribunal de Frestonia hasta la emisión del laudo arbitral (*vid.* párrafo 83).

IX.- SUBSIDIARIAMENTE SE PIDE RESOLUCIÓN

94. En caso de que este Tribunal no considere oportuna la aplicación de los artículos 46.3 y 28 CISG, en atención al incumplimiento de los artículos 42 y 35 CISG llevado a cabo por INMAM, solicitamos de manera subsidiaria la resolución del contrato⁷⁵.

A) Resolución por incumplimiento anticipado

⁷³ En este sentido se pronunció la U.S. District Court for the Northern District of Illinois, United States en su sentencia de 7 diciembre 1999 (CLOUT case no. 417 (Asunto *Magellan International Corp. v. Salzgitter Handel GmbH*, 76 F. Supp. 2d 919)). En dicha sentencia la Corte analizó si ésta estaba legitimada para ordenar el cumplimiento específico de un contrato doméstico, no entrando a valorar las normas de conflicto del derecho privado internacional. (FERRARI, F. / FLECHTNER, H. / BRAND, R.A., *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: cases, analysis and unresolved issues in the U.N. Sales Convention* (2004), p. 343).

⁷⁴ Principios UNIDROIT, Artículo 7.1.5.

⁷⁵ Principios UNIDROIT, Artículo 7.3.1.

95. El hecho de que INMAM haya procedido a la **venta de las mercancías a un tercero** antes de que termine el plazo conferido por la demandante para la reparación, constituye un **incumplimiento anticipado** esencial del contrato y por tanto TELCOM estará legitimada para solicitar la resolución del contrato en virtud del artículo 72 CISG⁷⁶.
96. El comprador podrá solicitar la resolución del contrato si, antes de la fecha de cumplimiento, es patente que el vendedor incurrirá en incumplimiento esencial del contrato.

1) Existencia de un peligro muy grave y previsible para el contrato

97. La aplicación de este remedio está subordinado a la existencia de un peligro para el contrato, que ha de ser: muy grave y muy previsible. La expresión muy grave alude al carácter esencial del incumplimiento, mientras que la previsibilidad hace referencia a una certeza casi absoluta, en fecha anterior al cumplimiento⁷⁷. El incumplimiento será en este caso esencial tal y como expondremos en el párrafos 101-107.

Por su parte, no sólo existe en este caso una certeza casi absoluta⁷⁸ de que se incumplirá el contrato, sino que la comunicación de INMAM de 23 de mayo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no.15) en la que se nos informaba de la suscripción de un acuerdo entre INMAM y Drake Industries por el que se le vendían a ésta los productos anteriormente adquiridos por nosotros, supone una declaración expresa de que INMAM no cumplirá sus obligaciones.

2) Declaración unilateral y no recepticia de resolución del contrato

98. TELCOM no tiene que esperar a que se cumpla el plazo fijado para el cumplimiento de sus obligaciones por INMAM sino que debe resolver el contrato antes de que se haya producido el vencimiento del término acordado si quiere ampararse en el artículo 72 CISG y no en los artículos 49 y 64 CISG, que regulan la resolución de manera distinta⁷⁹.

3) Obligación de comunicar la resolución

99. Esta comunicación no es necesaria, ya que sólo se obliga a ella con el fin de dar al vendedor un tiempo razonable para que pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. Sin embargo, bajo las circunstancias del caso, no parece razonable esta exigencia ya que se trataría de una formalidad sin sentido al haber ya expresado INMAM su intención de no cumplir (*vid.* párrafo 102)⁸⁰.

B) Resolución por incumplimiento esencial del contrato

100. En caso de que no se llevara a cabo la reparación solicitada⁸¹, ya sea por voluntad propia de INMAM o por no considerar el tribunal posible la obligación de cumplimiento específico; TELCOM opta por la **resolución del contrato** en virtud del artículo 49.1 a CISG⁸². Las

⁷⁶ Principios UNIDROIT, Artículo 7.3.3.

⁷⁷ CALVO CARAVACA, A-L. "Artículo 72" en DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 570.

⁷⁸ HERBER / CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht*, p. 322.

⁷⁹ *Vid.* Sentencia BGH de 15.2.1995, RIW, Juni 1995, pp. 505-506.

⁸⁰ HERBER / CZERWENKA, *ob. cit.*, p. 566.

⁸¹ Principios UNIDROIT, Artículo 7.2.5.

⁸² Artículo 8:405 PECL. Principios UNIDROIT, Artículo 7.3.4. Artículo 9:301 PECL.

obligaciones incumplidas por INMAM serán aquellas enunciadas en los artículos 35 y 42 CISG.

101. El citado artículo 49 exige que el **incumplimiento** sea **esencial**⁸³ para que el comprador pueda proceder a la resolución del contrato. En atención a lo establecido en el artículo 25 CISG, se considerará incumplimiento esencial todo aquel incumplimiento que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

102. Si el acreedor no lleva a cabo la cooperación necesaria para posibilitar el cumplimiento de la obligación, el incumplimiento de ésta no será considerado esencial. Sin embargo, en este caso TELCOM realizó todo lo que estaba en su mano para facilitar el cumplimiento de la obligación de INMAM de reparar los televisores (*vid.* párrafo 75).

1) Incumplimiento esencial del contrato por vulneración de la obligación de entregar mercaderías libres de pretensiones de tercero

103. En caso de que, por cualquier razón, no se lleve a cabo la reparación de los televisores solicitada por TELCOM, debe considerarse que INMAM incumplió de manera esencial el contrato como consecuencia de la existencia de pretensiones jurídicas de tercero basadas en propiedad intelectual que no habrán desaparecido en el momento de la entrega.

2) Incumplimiento esencial del contrato por falta de conformidad de las mercaderías

104. TELCOM compró en su carta de 3 de marzo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 4) unos aparatos ofrecidos por INMAM en las cartas de 10 y 16 de febrero de 2008 (Documentos de prueba de la demanda no. 1 y 3) “con un diseño extremadamente novedoso”, “exclusivos e inéditos” y “originales”. La simple existencia de pretensiones por parte de tercero provocará que las mercancías no sean conformes con aquello que se compró. Como ha quedado demostrado (*vid.* párrafo 102), INMAM debió conocer de la posibilidad de existencia de dichas pretensiones, por lo que también deberá responder por la falta de conformidad de éstas.

105. Si las mercaderías fueran entregadas sin llevar a cabo la reparación solicitada por TELCOM, éstas no podrían ser utilizadas para el **uso especial** que expresamente se ha hecho saber al vendedor en el momento de celebración del contrato y, por tanto, INMAM estaría incumpliendo el deber de entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato establecido en el artículo 35.2.b CISG⁸⁴. TELCOM pretende, sacando estos televisores al mercado, posicionarse como líder en innovación en el mercado, ofreciendo a sus consumidores productos originales y movedores (Documento de prueba de la demanda no. 2).

106. En la carta que TELCOM envía a INMAM el 3 de marzo de 2008 (Documento de prueba de la demanda no. 4) ésta comunica que “si se trata de un aparato tan novedoso como decís [...] deseamos encargarnos 450.000 aparatos”. Debemos entender que se trata en este caso de una expresión de la razón que llevó a TELCOM a celebrar el contrato. Si esta razón desaparece, desaparecerá también el interés de mi mandante en seguir adelante con el contrato. El incumplimiento será esencial cuando la parte perjudicada pierda todo interés en el contrato

⁸³ Artículo 8:103 PECL. Principios UNIDROIT, Artículo 6.1.1. Principios UNIDROIT, Artículo 7.1.1.

⁸⁴ Principios UNIDROIT, Artículo 5.1.4.(1).

como le ocurre a TELCOM al percatarse de que INMAM no cumplirá con su obligación de reparar las mercancías⁸⁵.

3) TELCOM tiene derecho a solicitar la resolución

107. El artículo 49.2 CISG establece diversas razones por las que el comprador podrá perder el derecho a solicitar la resolución del contrato. Sin embargo, éstas se ven supeditadas a que el vendedor haya entregado las mercaderías, y en este caso todavía no se ha producido entrega alguna.

X.- TANTO SI SE MANTIENE EL CONTRATO COMO SI SE CONDENA A SU CUMPLIMIENTO, TELCOM TIENE DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS

108. En virtud de los hechos descritos y de los fundamentos razonados en el presente escrito, consideramos oportuno exigir ante este Tribunal y a favor de nuestra mandante la indemnización por los daños y perjuicios correspondiente⁸⁶, con motivo de los actos llevados a cabo por INMAM, en virtud del artículo 45.1.b CISG.

Bien en el supuesto en que el Tribunal considere oportuno obligar a INMAM al cumplimiento específico del contrato y a la reparación de los televisores, o bien, subsidiariamente, declare la resolución del contrato, ya sea por la existencia del incumplimiento esencial o en el caso en que considere oportuno reconocer el incumplimiento anticipado por la venta de las mercancías a Drake (*vid.* párrafo 96), somos titulares del derecho a solicitar la indemnización⁸⁷ aún ejercitando cualquier otra acción, tal y como nos ampara el artículo 45.2 CISG, que declare la compatibilidad de la indemnización con el resto de remedios.

109. Debemos advertir que nuestra intención e interés a la hora de disponer de la indemnización responde en exclusiva al **carácter indemnizatorio o compensatorio** de la misma, basándonos únicamente en los daños sufridos. La indemnización no desempeña una función meramente declarativa de la existencia de un incumplimiento contractual ni cumple una función preventivo-punitiva de la falta de cumplimiento. Lo que se pretende no es privar al incumplidor del beneficio que hay obtenido al incumplir, sino reparar a la parte cumplidora (TELCOM) en sus daños y perjuicios ocasionados. En virtud del artículo 74 CISG, el vendedor podrá solicitar la indemnización en función del “valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener”, resultando aplicable a cualquier tipo de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le corresponden a cualquiera de las partes conforme al contrato y a la Convención, siempre que causen daño al acreedor.

A) En el caso de que INMAM sea condenado y esté obligado a reparar

110. Para el supuesto en el que el Tribunal condene a INMAM a llevar a cabo el cumplimiento específico del contrato y la aparejada reparación de las mercancías, la indemnización de daños y perjuicios que correspondería a mi mandante debería tener en cuenta:

⁸⁵ GHESTIN, “Les obligations du vendeur”, en *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989*, (Coord. DERAIS/GHESTIN), Paris (1990), pp. 107-108.

⁸⁶ Artículo 9:501 PECL. *Vid.* Principios UNIDROIT, Artículo 7.1.4. (4).

⁸⁷ Principios UNIDROIT, Artículo 7.4.1. En este mismo sentido, PANTALEÓN, F., “Artículo 74” en DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 582. Principios UNIDROIT, Artículo 7.4.2.

- a. El coste que supone el **retraso en la entrega** de las mercancías. A pesar de que aceptamos un ampliación del plazo de un mes (Documento de prueba de la demanda no. 10), dicho retraso supone un coste para TELCOM en relación a las consiguientes demoras que van a sufrir nuestros clientes y al desprestigio y falta de formalidad frente a ellos, que asciende a un total de 650.000 euros, en concepto de gestión de pedidos y reclamaciones.
- b. Dicho retraso en la entrega tiene también una consecuencia muy negativa en relación a la **solicitud de las ayudas públicas**, ya que si no podemos justificar la titularidad de los aparatos en la fecha de la solicitud, podríamos perder el derecho a las ayudas (Notificación de Arbitraje, párrafo no. 28). Por ello, en caso de pérdida de dichas ayudas, solicitamos los costes legales y de consultoría correspondientes por valor de 200.000 euros.
- c. Los daños sufridos en el **prestigio comercial y buen nombre de TELCOM**, debido a la existencia de las pretensiones de Drake Industries y a la participación en el litigio, lo que ha producido una negativa publicidad sobre TELCOM, por pérdidas con valor de 2.500.000 euros.
- d. El incremento en los **costes de promoción** que como consecuencia de todo ello tendrá que soportar TELCOM para encontrarse en la misma situación que si el contrato se hubiera cumplido tal y como se acordó al principio. Los mismos ascienden a un total de 5.500.000 euros.

B) En el caso de que proceda declarar la resolución del contrato

- 111.** El derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios también permanece en el caso en que este Tribunal decida declarar la resolución del contrato celebrado entre TELCOM e INMAM, ya sea por incumplimiento esencial o anticipado.
- 112.** Para el cálculo de la cuantía de la indemnización, debemos tener en cuenta el principio del resarcimiento integral, es decir, cuantificar la totalidad del daño causado y objetivamente imputable a la falta de cumplimiento del deudor⁸⁸. El objetivo de la indemnización es restituir al comprador en la misma situación económica en que se habría encontrado si el contrato se hubiese cumplido y no en la que se hubiera encontrado si nunca hubiera negociado; prima el **interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del acreedor** frente al interés negativo o de confianza⁸⁹.
- 113.** Por tanto, deberemos tener en cuenta **tanto el daño emergente como el lucro cesante sufridos por TELCOM**, valorando la existencia de un grado razonable de certeza en relación al lucro⁹⁰. En nuestro caso es evidente el lucro cesante, ya que TELCOM ya había iniciado una fuerte e impactante campaña publicitaria la cual había surgido efectos, provocando una numerosa lista de pedidos (Notificación de Arbitraje, párrafo no. 16). Como consecuencia del incumplimiento esencial o anticipado, los daños que deben ser indemnizados son los siguientes⁹¹:

⁸⁸ PANTALEÓN, F., "Artículo 74" en DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, pp. 591-596.

⁸⁹ Secretariat's Commentary, "Artículo 70" – nota 3 y en HONNOLD, J., *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (1989), ed. Kluwer, p. 449.

⁹⁰ Principios UNIDROIT, Artículo 7.4.3.

⁹¹ Artículo 9:502 PECL, Artículo 9:503 PECL. En este caso podríamos deducir que el comportamiento de INMAM ha sido deliberado o por lo menos negligente, como se demuestra en el párrafo). Por ello, la indemnización no se verá limitada por las pérdidas previstas.

- a. Los daños sufridos en el **prestigio comercial y buen nombre de TELCOM**, debido a la existencia de las pretensiones de Drake Industries y a la participación en el litigio, lo que ha producido una negativa publicidad sobre TELCOM, por pérdidas con valor de 2.500.000 euros.
- b. La indemnización deberá tener también comprender el perjuicio que supone para TELCOM no contar con los televisores, dado que la campaña de publicidad sobre los mismos ya había tenido lugar. Por ello, ante la **necesidad de llevar a cabo una compra de reemplazo**, deberemos tener en cuenta el precio corriente de las mercaderías. Si atendemos al Documento de prueba de la demanda no. 12, INMAM nos advirtió la subida de los televisores a 4.000 euros por unidad, por ello, y tal y como establece el artículo 76 CISG, estimamos que el coste de la compra de los televisores a otro proveedor nos supondría una diferencia a la baja de 675.000.000 euros.
- c. De nuevo, debemos cuantificar los daños en relación a la **solicitud de las ayudas públicas**, ya que si no podemos justificar la titularidad de los aparatos en la fecha de la solicitud, podríamos perder el derecho a las ayudas (Notificación de Arbitraje, párrafo no. 28). Por ello, en caso de pérdida de dichas ayudas, solicitamos los costes legales y de consultoría correspondientes por valor de 200.000 euros.

114. En todos los casos, debemos tener en cuenta que si bien es cierto que el montante de la indemnización por daños y perjuicios otorgada a favor del perjudicado no puede considerarse definitivamente cerrado hasta el momento del pago de la indemnización, en caso de valoración judicial o arbitral (como es nuestro caso) del daño, **el momento procedente para calcular la cuantía es el de la sentencia o laudo arbitral**, sobre la base de los hechos acaecidos hasta el último momento procesal⁹².

C) En cualquiera de los casos, procede condenar en costas a INMAM

115. En último término, como es lógico y evidente, solicitamos por parte del Tribunal la condena a INMAM al pago de las costas del arbitraje, en virtud del artículo 40 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

XI.- CONCLUSIONES

116. TELCOM e INMAM suscribieron un contrato de compraventa de 450.000 televisores a 2.500 euros cada uno, contrato que ambas partes han reconocido y que contiene una cláusula arbitral válida y vinculante. Los televisores no son lo novedosos que las partes pactaron en el contrato y no están libres de pretensiones de terceros, por lo que existe un evidente incumplimiento de los artículos 42 y 35 CISG.

XII.- SOLICITUD AL TRIBUNAL

117. A la luz de los hechos y fundamentos alegados anteriormente, consideramos oportuno que el presente Tribunal arbitral:

1. No suspenda el presente procedimiento arbitral.
2. Mantenga las medidas cautelares.
3. Declare el incumplimiento por parte de INMAM de los artículos 35 y 42 CISG.
4. Obligue a INMAM al cumplimiento específico de sus obligaciones.

⁹² BIANCA, C., “Dell’inadempimento delle obbligazioni” en *Comentario del código civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma (1979), pp. 318 *et seq.*

5. Subsidiariamente, declare la resolución del contrato.
6. Condene a INMAM, en cualquier caso, al pago de la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados.

Respetuosamente presentado en Madrid, a 12 de marzo de 2009, por

<hr/>	<hr/>
/f/	/f/
Ángela Alonso	Ignacio Cerrato
<hr/>	<hr/>
/f/	/f/
Carmen Feltrer	María Guerrero
<hr/>	<hr/>
/f/	/f/
Kelly Inga	María López

en representación de la demandante TELCOM.

I COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL
(MOOT)
22-26 JUNIO 2009
UNIVERSIDAD CARLOS III MADRID



Universitat
de les Illes Balears

MEMORANDUM DEL DEMANDADO

DE PARTE DE:

Industrias Mambrino SA,
(INMAM)
Avda. Tosilos, 17
Incaica (Andina)

DEMANDADO

CONTRA:

Televisores y Comunicaciones SA,
(TELCOM)
C/ Ginés de Pasamonte, 7 9º B
Frestonia (Cervantia)

DEMANDANTE

INDICE DE CONTENIDOS

INDICE DE ABREVIATURAS	iii
INDICE DE AUTORIDADES.....	v
DECLARACIÓN DE HECHOS	1
ARGUMENTOS.....	3
PARTE PROCESAL	3
<i>ASUNTO 1: EL DERECHO APLICABLE ES EL DE MADREPATRIA.</i>	<i>3</i>
1.1 DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN BASE AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	3
1.2. LA APLICACIÓN DEL TRONCO COMÚN DE LAS LEYES NACIONALES DE CERVANTIA Y ANDINA ES IMPROCEDENTE.....	4
1.3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL FORO ES PROCEDENTE.	6
1.4. APLICACIÓN DE LA LEY MODELO DE CONCILIACIÓN DE MADREPATRIA.	7
<i>ASUNTO 2: LA FASE DE CONCILIACIÓN NO HA CONCLUIDO.</i>	<i>8</i>
<i>ASUNTO 3: INTERPRETACIÓN DE BUENA FE DE LA CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN AMISTOSA DE CONTROVERSIAS.</i>	<i>9</i>
<i>ASUNTO 4: TELCOM INCURRE EN COMPORTAMIENTOS CONTRADICTORIOS</i>	<i>11</i>
CONCLUSIÓN DE LA PARTE PROCESAL.....	11
PARTE SUSTANTIVA.....	13
<i>ASUNTO 1: INMAM NO VIOLÓ SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR UN PRODUCTO LIBRE DE RECLAMACIONES DE TERCEROS.</i>	<i>13</i>
1.1. LA PRETENSIÓN DE DRAKE INDUSTRIES ES INFUNDADA.	13
1.2. INMAM NO TIENE RESPONSABILIDAD SEGÚN ART 42 CISG.....	15
<i>ASUNTO 2: EL PRECIO ACORDADO FUE EL DE 3.500 EUROS</i>	<i>18</i>
2.1. INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS DE TELCOM.....	19
2.2. ERA RAZONABLE ENTENDER QUE EL PRECIO POR UNIDAD ERA DE 3.500 EUROS.	21
<i>ASUNTO 3: INMAM RESOLVIÓ VÁLIDAMENTE Y, POR TANTO, NO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES.....</i>	<i>23</i>
3.1. LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN FUE VÁLIDA AL EXISTIR UN REPUDIO DEL CONTRATO POR PARTE DE TELCOM.....	24
3.2. NO ERA NECESARIO QUE INMAM NOTIFICARA QUE RESOLVÍA EL CONTRATO..	25
3.3. INMAM NO REPUDIÓ EL CONTRATO NI INCURRIÓ EN INCUMPLIMIENTO DEL MISMO.....	27
CONCLUSION DE LA PARTE SUSTANTIVA	29
PETICIÓN AL TRIBUNAL.....	30

INDICE DE ABREVIATURAS

Art./Arts.	Artículo
BGH	Bundesgerichtshof, Alemania
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CNUDMI	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías
Doc. Demda.	Documento de Prueba de la Demanda
ICC/CCI	International Chamber of Commerce, Cámara Internacional de Comercio
INMAM	Industrias Mambrino, S.A.
KLI	Kluwer Law International
LMC	Ley Modelo sobre Conciliación
Ltd.	Limited
Nº	Numero
OGH	Oberster Gerichtshof , Austria
OLG	Oberlandesgericht, Alemania
pág.	Página

para.	Párrafo
S.A.	Sociedad Anónima
TDT	Televisión Digital Terrestre
TELCOM	Televisores y Comunicaciones, S.A.
ULIS	Uniform Law on the International Sale of Goods
UN	United Nations
UNIDROIT	International Institute For The Unification Of Private Law
VJICA	Vindobona Journal of International Commercial Arbitration
Vs.	Versus

INDICE DE AUTORIDADES

Carter, J.

Publicación: “Issues arising from integrated dispute resolution clauses”, en *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA International Arbitration Congress, KLI, 2005.

Citado en: para. 45.

Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Citado en: para. 84.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo – 11 de abril, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales, 1981.

Citado en: para. 84.

Díez-Picazo, Luis.

Publicación: “La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”, Madrid, 1998.

Citado en: para. 109, 111 y 113.

Dölle

(Neumayer) Artículo 52, para. 17 (en referencia al ULIS), 1976. Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht [Commentary, article by article on ULIS/ULF] München: Beck (1976) 840 p.

Citado en: para. 64.

Eiselen, Siegfried.

Publicación: “Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement arts. 71 and 72 of the CISG”, septiembre de 2002.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni71,72.html#er>

Citado en: para. 113.

Farnsworth, E. Allan.

Publicación: Comentario al art. 8 CISG, en “Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law”, Giuffré, Milán, 1987.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth-bb8.html>

Citado en: para. 86.

Fouchard, Philippe / Gaillard, Emmanuel / Goldman, Berthold.

Publicación: “Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”, KLI, 1999.

Citado en: para. 25.

Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

Citado en: para. 41 y 51.

Honnold, John O.

Publicación: “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention”, La Haya, 1999.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

Citado en: para. 74 y 75.

Publicación: “Uniform Law for International Sales”, La Haya, 1999.

Citado en: para. 104, 106, 114 y 116.

Publicación: “Documentary History of the Uniform Law for International Sales”, Kluwer, 1989.

Citado en: para. 79.

Knapp, Victor.

Publicación: Comentario al art. 75 CISG, en “Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law”, Giuffré, Milán, 1987.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb75.html>

Citado en: para. 117.

Publicación: Comentario al art. 77 CISG, en “Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law”, Giuffré, Milán, 1987.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb77.html>

Citado en: para. 117.

Liu, Chengwei.

Publicación: “Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law”, mayo 2005.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>

Citado en: para. 103, 104, 109, 111 y 115.

Lookofsky, Joseph.

Publicación: “Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Baking”, en 6 VJICA, 2002.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky5.html>

Citado en: para. 117.

Publicación: “The 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. Suplemento 29 International Encyclopaedia of Laws-Contracts, diciembre de 2000.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>

Citado en: para. 112.

Magnus, Ulrich

Publicación: “Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen“, Staudinger / Magnus, Wiener UN- Kaufrecht, (Berlin, 2005).

Citado en: para. 67.

Official Comments on Articles of the UNIDROIT Principles, 2004.

Citado en: para. 53, 64, 66 y 104.

Perales Viscasillas, María del Pilar.

Publicación: “Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme”, Madrid, 2003.

Citado en: para. 87.

Publicación: “La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías”, Valencia, 1996.

Citado en: para. 83 y 86.

Redfern, Alan / Hunter, Martin.

Publicación: “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, Aranzadi, 2006.

Citado en: para. 24, 25, 28, 29, 30 y 36.

Rubino-Sammartano, Mauro.

Publicación : “Le Tronc Commun des lois nationales en présence. Réflexions sur le droit applicable par l’arbitre international” , Revue de l’Arbitrage, 1987.

Citado en: para. 27.

Saville, J.

Publicación: “Union of India vs. McDonnell Douglas Corp”, 1993 2 Lloyd’s Rep. 48.

Citado en: para. 35.

Secretary Commentary on the 1978 Draft of the CISG.

Citado en: para. 71 y 72.

Schlechtriem, Peter.

Publicación: “Uniform Sales Law. The UN Convention on contracts for the international sale of goods”, Viena, 1986.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

Citado en: para. 104.

Publicación: “Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods”, Oxford 2005

Citado en: para. 65, 68, 71.

Smith, James F.

Publicación: “Mediation and the Principles of UNIDROIT”, en Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/smith1.html>

Citado en: para. 44.

Zambrana-Tévar, Nicolás.

Publicación: “Determinación del Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones”,
Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007.

Citado en: para. 36.

INDICE DE CASOS

ALEMANIA

- BGH, VIII ZR 18/94, 15 de febrero de 1995.
(Citado en para. 102).
- OLG Dusseldorf, 24 de abril de 1997.
(Citado en para. 113).
- OLG Bamberg, 13 de enero de 1999.
(Citado en para. 113).

AUSTRALIA

- Supreme Court of Queensland, Court of Appeal (*Downs Investments v. Perwaja Steel*)
12 de octubre de 2001.
(Citado en para. 117).

AUSTRIA

- OGH, 20 de marzo de 1997
(Citado en para. 86).
- OGH, 24 de abril de 1997.
(Citado en para. 83).
- OGH, 10 de noviembre de 1994.

(Citado en para. 88).

ESTADOS UNIDOS

- Supreme Court (*Examin v. Textile and Footware*) 22 de Agosto de 1993.
(Citado en para. 76).
- Federal Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Estados Unidos, 29 de junio de 1998.
(Citado en para. 85).
- Federal District Court [Illinois] (*Magellan International v. Salzgitter Handel*) 7 de Diciembre de 1999.
(Citado en para. 106).

FRANCIA

- Cour de Cassation, 19 de marzo 2002.
(Citado en para. 76).
- Court of Appeals of Colmar, 13 de Noviembre de 2002.
(Citado en para. 76).
- Tribunal de grande instance [District Court] Versailles, 23 de noviembre de 2004.
(Citado en para. 76).

SUIZA

- Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 19 de diciembre de 1995.
(Citado en para. 88).

LAUDOS ARBITRALES

- Texaco, BP y Liamco (1981) VI Yearbook Comercial Arbitration 89.
(Citado en para. 27).
- Government of Kuwait vs. Aminoil (1982).
(Citado en para. 27).
- Channel Túnel Group Ltd. vs. Balfour Beatty Construction Ltd. (1992).
(Citado en para. 27).
- CCI N° 2879 (1978).
(Citado en para. 31).
- CCI N° 7331 (1994).
(Citado en para. 83).
- CCI 8574 (1996).
(Citado en para. 112).
- Hamburg Arbitration award, 29 de diciembre de 1998.
(Citado en para. 106).
- CIETAC Arbitration Award [CISG/1996/07] (*Antimony ingot case*) 5 de Febrero de 1996.
(Citado en para. 112).

DECLARACIÓN DE HECHOS

1. El día **10 de febrero de 2008**, INMAM envía una comunicación a TELCOM, en virtud del trato preferente que siempre le ha dispensado, en la que le informaba del lanzamiento de una nueva generación de televisores TDT, denominados TDT-NEO, que disponen de una nueva tecnología denominada RedNail, e incorporan una CPU que, junto al software INMAM Media, también desarrollado por INMAM, permiten a los usuarios de dichos aparatos operar en red (*Doc. Demda. N° 1*).
2. El día **12 de febrero de 2008**, TELCOM solicita más información sobre los nuevos televisores, pues prevé que pueden ser de gran utilidad para diferenciarse de sus competidores. En concreto, solicita precios y plazos de entrega para poder iniciar una campaña de publicidad y, a la vez, poder beneficiarse de las ayudas gubernamentales para la implantación de la tecnología TDT (*Doc. Demda. N° 2*).
3. El día **16 de febrero de 2008**, INMAM remite a TELCOM un folleto con las características de los aparatos, sus dimensiones (40 pulgadas), las Condiciones Generales de Venta y un listado de precios. En el mismo escrito le informa que su producción es de 100.000 unidades cada dos meses, aproximadamente, comenzando a partir del 15 de septiembre (*Doc. Demda. N° 3*).
4. El día **3 de marzo de 2008**, TELCOM encarga 450.000 aparatos para el 15 de septiembre, 150.000 aparatos para el 15 de noviembre y otros 150.000 para el 15 de diciembre. Asimismo indica que se reserva la posibilidad de realizar otros pedidos anuales en función de la demanda del mercado. Adjunta al pedido las cláusulas aplicables al contrato (*Doc. Demda. N° 4*).
5. El día **28 de marzo de 2008**, TELCOM recibe una comunicación remitida por Drake Industries S.A., en la que le informa que emprenderá acciones legales contra el Demandante si comercializa los nuevos televisores. Sus pretensiones se basan en la supuesta similitud de la denominación de los televisores TDT-NEO con la denominación de unos aparatos de microondas que comercializa Drake Industries. Ésta también alega que los soportes de los televisores TDT-NEO guardan un parecido descarado con un televisor denominado NV-7 ½, también comercializados por Drake Industries. Asimismo informa que el software incorporado en los TDT-NEO vulneran los derechos de otro sistema operativo, registrado por MACROHARD, una empresa de desarrollo de software competencia de INMAM (*Doc. Demda. N° 5*).
6. El día **20 de abril de 2008**, INMAM recibe una notificación de TELCOM en la que ésta pone en su conocimiento estos hechos y adjunta al escrito un Informe Pericial que concluye que, aunque las pretensiones de Drake Industries carecen de fundamento, ésta posee un amplio historial como reclamante en casos de propiedad industrial, intelectual y competencia desleal que, si bien se le suelen desestimar, consigue ralentizar e incluso paralizar la distribución de los productos. TELCOM solicita a INMAM que entable negociaciones con MACROHARD para evitar problemas posteriores con el software y que proceda a la sustitución de los soportes de los televisores para evitar los problemas con Drake Industries. No se solicita nada respecto a la denominación de los televisores pues el informe pericial considera esta pretensión absolutamente infundada (*Doc. Demda. N° 6 y 7*).

7. El día **25 de abril de 2008**, INMAM remite un escrito a TELCOM diciendo que las pretensiones de Drake Industries son absurdas e infundadas. Informa que hacer caso a las amenazas demoraría la producción de los aparatos (*Doc. Demda. N° 8*).
8. El día **1 de mayo de 2008**, TELCOM insiste en que no quiere problemas de ningún tipo en la comercialización de los aparatos. Ofrece los datos de un proveedor de nuevos soportes para facilitar el cambio de los mismos (*Doc. Demda. N° 9*).
9. El día **5 de mayo de 2008**, INMAM acepta realizar el cambio de los soportes, pero advirtiendo que el precio de los televisores se incrementará 150 euros por aparato, con lo cual el precio por unidad será de 3.650 euros. Asimismo, sustituir los soportes va a representar retrasar el primer pedido hasta el 15 de octubre (*Doc. Demda. N° 10*).
10. El día **9 de mayo de 2008**, INMAM recibe un escrito de TELCOM en el que le comunica que ha cometido un error en el precio por aparato pues, según el listado de precios, el precio para los aparatos de 40 pulgadas es de 2.500 euros. Asimismo, informa que el coste de implantar el nuevo soporte le corresponde INMAM, pues suya es la responsabilidad de entregar un producto que no cause problemas (*Doc. Demda. N° 11*).
11. El día **12 de mayo de 2008**, INMAM remite un escrito en el que informa a TELCOM que no existe error alguno en el precio. Los aparatos pertenecen a la categoría de “Gran Lujo” y el precio fijado para ellos en el listado de precios es de 3.500 euros (*Doc. Demda. N° 12*).
12. Tras sucesivas conversaciones telefónicas entre las partes sobre este asunto, el día **16 de mayo de 2008**, INMAM recibe un escrito de TELCOM en el que reitera que el precio pactado contractualmente era de 2.500 euros por aparato y que no piensa pagar más de esa cantidad. En caso contrario, no podría aceptar el pedido (*Doc. Demda. N° 13*).
13. El **21 de mayo de 2008**, INMAM recibe un nuevo comunicado de TELCOM en el que requiere información sobre el estado del pedido (*Doc. Demda. N° 14*).
14. El día **23 de mayo de 2008**, INMAM dirige un escrito a TELCOM en el que le informa que debido a su rechazo a aceptar el pedido formulado el 16 de mayo, ha procedido, con fecha de 20 de mayo, a suscribir un acuerdo con Drake Industries para la venta de 400.000 aparatos a un precio de 3.400 euros (*Doc. Demda. N° 15*).
15. El día **24 de mayo de 2008**, INMAM recibe un escrito de TELCOM en el que comunica que en ningún momento se ha rechazado el pedido y le manifiesta su intención de iniciar la conciliación para resolver el desacuerdo (*Doc. Demda. N° 16*).
16. El día **1 de julio de 2008**, INMAM recibe de nuevo un escrito de TELCOM reiterando su intención de comenzar la conciliación lo antes posible (*Doc. Demda N° 17*).
17. El día **8 de agosto de 2008**, INMAM, haciendo alusión a la carta del 1 de julio, acepta la invitación a iniciar la conciliación (*Doc. Demda. N° 18*).
18. El día **15 de agosto de 2008**, TELCOM comunica a INMAM que, tras meses de esperar su respuesta en relación al inicio de la conciliación, se ve obligado a recurrir al arbitraje (*Doc. Demda. N° 19*). Ese mismo día TELCOM comunica formalmente a INMAM la Notificación del Arbitraje. (ver “Notificación”)
19. El día **20 de septiembre de 2008** INMAM remite su Respuesta a la Notificación del Arbitraje. (ver “Respuesta”)

ARGUMENTOS

PARTE PROCESAL

ASUNTO 1: EL DERECHO APLICABLE ES EL DE MADREPATRIA.

1.1 DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN BASE AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

20. Afirma TELCOM en su Demanda que con base en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el derecho aplicable a la conciliación es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002, adoptada por Cervantia y Andina, los países de las partes (*ver para.1 y 2 de la “Memoranda de la Demandante”*). Esta afirmación la realiza en respuesta a lo alegado por INMAM en su “Respuesta a la Notificación de Arbitraje”, a saber, que la Ley aplicable es la Ley Modelo sobre Conciliación de MadrePatria que difiere de la anterior en la redacción del art. 4.2, donde se establece que la parte que haya invitado a iniciar la conciliación podrá comunicar a la otra parte que considera rechazada dicha invitación si no recibe respuesta a la misma en el plazo de 30 días (*ver para. 5 de la “Memoranda de la Demandante”*). TELCOM añade que, en cuanto a la ley procesal aplicable, la teoría de la sede es subsidiaria de la voluntad de las partes y alega que siendo la Ley Modelo de Conciliación de 2002 aplicable en los países de ambas partes, no es aceptable deducir que éstas se hayan querido vincular a una ley foránea como la de MadrePatria (*ver para. 4 de la “Memoranda de la Demandante”*).

21. En la práctica moderna del arbitraje, la voluntad de las partes encuentra reconocimiento en el grado considerable de autonomía que se les confiere respecto de la forma en que habrá de llevarse adelante el arbitraje, dado que las partes tienen la libertad de adoptar cualquier norma procesal que deseen. Es probable que el derecho del país en cuyo territorio se desarrolle el proceso arbitral o *lex arbitri*, lo respalde e interfiera en él lo menos posible. De hecho, la mayoría de los arbitrajes se realizan sin ninguna referencia al derecho por el que se rigen. No obstante, este derecho, la *lex arbitri*, existe. Puede ser necesario acudir a ella no solamente para llenar los vacíos que existan en el proceso arbitral, sino también para lo que es más importante aún, transmitir su nacionalidad al laudo arbitral a efectos de su reconocimiento. Con esto queremos decir que si bien el arbitraje se rige por las normas procesales convenidas o adoptadas por las partes y el tribunal arbitral, no debe olvidarse que se rige también por el derecho correspondiente a la sede del arbitraje. Negar esta dualidad sería como sostener que ya que las partes del contrato establecen su propia ley, no hay necesidad de que exista derecho aplicable.

22. Por ello, en caso de que las partes no expresen cuál es su concreta voluntad sobre la norma procesal a aplicar al arbitraje, debe acudirse a la teoría de la sede, según la cual el arbitraje se rige por el derecho correspondiente al lugar en que se celebra, que es la sede del arbitraje. Este concepto se encuentra firmemente consagrado tanto en la teoría como en la práctica del arbitraje internacional. De hecho, influyó en la redacción de convenios internacionales como la Convención de Nueva York de 1958, cuyo art. V(1)(d) hace referencia a “la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”,

conservando el claro vínculo territorial existente entre el lugar del arbitraje y el derecho que lo rige, esto es, la *lex arbitri*¹.

23. Es más, por lo general, los arbitrajes comerciales internacionales se realizan en un país “neutral”, en el sentido de que ninguna de las partes que intervienen en el arbitraje tiene su sede comercial o residencia en dicho país². Cuando las partes de un acuerdo arbitral internacional eligen una sede para la realización del arbitraje, por lo general optan por un lugar que no tenga ninguna conexión con las partes o la relación comercial que las une. Eligen un lugar “neutral”³. Ya hemos dicho que las partes eligieron el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como derecho aplicable al arbitraje. Es de suponer que para llenar cualquier vacío en dicha norma u otro asunto procesal controvertido no regulado en la misma que pudiera surgir durante el procedimiento, el tribunal acudirá al derecho de la sede o *lex arbitri*. Sino ¿qué sentido tendría determinar el lugar de arbitraje? Si esto es así para una parte de la cláusula integrada para la resolución de controversias pactada en el contrato ¿por qué excepcionarlo para la otra parte de dicha cláusula, esto es, para la conciliación? Por ello, entendemos que la Ley Modelo sobre la Conciliación a aplicar al caso es la de MadrePatria.

1.2. LA APLICACIÓN DEL TRONCO COMÚN DE LAS LEYES NACIONALES DE CERVANTIA Y ANDINA ES IMPROCEDENTE.

24. Argumenta TELCOM que la Ley Modelo sobre Conciliación de Cervantia y Andina es la aplicable al caso al ser una legislación común a ambas partes, con base en la doctrina del tronco común (*ver para. 6 a 9 de la “Memoranda de la Demandante”*). Añade que no se puede deducir que la intención las partes hayan sido la de querer vincularse a una ley foránea como la de MadrePatria, sino que el silencio o la omisión de pronunciarse en lo referente al derecho aplicable a la conciliación debe interpretarse como el uso de leyes nacionales coincidentes en ambos Estados (*ver para. 4 de la “Memoranda de la Demandante”*).

25. La teoría del tronco común la formuló por primera vez RUBINO-SAMMARTANO en 1987⁴. Este autor entendió que la ausencia de elección de un Derecho en particular, por las partes de un contrato, podía interpretarse como una elección negativa o rechazo de aquellas partes de sus derechos nacionales que son diferentes y una elección positiva o aceptación de aquellas partes de sus Derechos nacionales respectivos que son comunes. Este sistema de ordenamientos jurídicos concurrentes es práctico en el caso, por ejemplo, de que un Estado desee rescindir un contrato a largo plazo mediante un acto de nacionalización. Dicho acto sería válido con arreglo a su propio derecho, pero no de conformidad con el derecho internacional a menos que pudiera demostrarse que se trató de un acto no discriminatorio y destinado a satisfacer un fin público, y que medió el ofrecimiento de la indemnización correspondiente. De hecho, esta teoría del tronco común encontró aplicación en casos

¹ REDFERN/HUNTER, “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, para. 2-14, Aranzadi, 2006.

² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, “Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”, para. 1435, KLI, 1999.

³ REDFERN/HUNTER, “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, para. 2-05, Aranzadi, 2006.

⁴ RUBINO-SAMMARTANO, “Le Tronc Commun des lois nationales en présence. Réflexions sur le droit applicable par l’arbitre international”, *Revue de l’Arbitrage* 133, 1987.

como los arbitrajes resultantes de la nacionalización del petróleo de Libia⁵, el caso Aminoil⁶ o el caso de la construcción del Túnel del Canal de la Mancha⁷. No obstante, la aplicación de dicha teoría siempre tuvo como objeto la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia.

26. En el arbitraje comercial internacional, a diferencia de lo que ocurre con su contraparte nacional, por lo general interviene más de un ordenamiento jurídico. A este respecto, pueden mencionarse: el derecho por el que se rige la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral; el derecho por el que se rigen el acuerdo arbitral y su cumplimiento; el derecho por el que se rigen la existencia del tribunal arbitral y los procedimientos (*lex arbitri*); el derecho que rige las cuestiones controvertidas de fondo (denominado derecho aplicable); o el derecho por el que se rigen el reconocimiento y la ejecución del laudo⁸.

27. Ello significa que, en la práctica, el derecho del país en cuyo territorio se celebra el arbitraje, la *lex arbitri*, generalmente será distinto del derecho por el cual se rigen las cuestiones que hacen al fondo de la controversia. De hecho, además de elegir el lugar donde se celebrará el arbitraje, las partes también pueden elegir un derecho de fondo que no guarde ninguna relación con el lugar en cuestión⁹.

28. Esta facultad de elegir el derecho aplicable al contrato debe ser aprovechada por las partes para incluir en él una cláusula de “derecho aplicable”. Si no se hace así, es posible que existan dos o más ordenamientos jurídicos nacionales que se puedan considerar como derecho aplicable al contrato y estos distintos sistemas nacionales pueden contener normas jurídicas contradictorias referentes al punto o los puntos específicos que se debaten¹⁰. Es en este punto donde encuentra su aplicación la teoría del tronco común.

29. Sin embargo, nótese que hablamos en todo momento del derecho aplicable al contrato. La determinación del derecho aplicable es, a falta de elección de las partes, facultad del tribunal arbitral (art. 28.2 LMA)¹¹. Por tanto, dicha determinación presupone que el tribunal ya ha sido nombrado y ha iniciado un procedimiento. El nombramiento del tribunal arbitral y el procedimiento mediante el cual se determina el derecho aplicable se ha llevado a cabo en virtud de la norma procesal acordada por las partes o, en su defecto, por la *lex arbitri*. De esta manera, la diferenciación entre el derecho aplicable al proceso y el derecho aplicable al contrato queda patente.

30. Por tanto, entendemos que no es aplicable al caso la doctrina del tronco común, pues las partes sí determinaron el derecho aplicable al contrato, decantándose por la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (*ver Doc. Demda. N° 4*). Y en el caso del derecho procesal aplicable, determinaron la

⁵ Arbitrajes de los casos Texaco, BP y Liamco (1981) VI Yearbook Commercial Arbitration 89.

⁶ The Government of Kuwait vs. Aminoil (1982).

⁷ Channel Túnel Group Ltd. vs. Balfour Beatty Construction Ltd. (1992)

⁸ REDFERN/HUNTER, “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, para. 2-04, Aranzadi, 2006.

⁹ REDFERN/HUNTER, “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, para. 2-05, Aranzadi, 2006.

¹⁰ REDFERN/HUNTER, “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, para. 2-32, Aranzadi, 2006.

¹¹ ICC Award N° 2879 (1978): “where the arbitration rules are silent the arbitral tribunal will apply the rules it deems appropriate”.

aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los defectos o lagunas del cual deben ser complementados, como ya se ha argumentado, por la *lex arbitri*; en nuestro caso, la de MadrePatria.

1.3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DEL FORO ES PROCEDENTE.

31. Sigue diciendo la Demandante que resulta inconveniente la aplicación de la Ley del foro, pues parte de la teoría de la sede arbitral y ésta no satisface la determinación de la Ley a aplicar en un procedimiento conciliatorio, ya que no satisface aspectos como el inicio de dicho procedimiento o el momento en el que se entiende rechazada la oferta conciliatoria (*ver para. 12 de la “Memoranda de la Demandante”*). Indica también la Demandante que el procedimiento de la conciliación no requiere formalidad respecto de la sede, pudiendo las partes conciliar de la forma y en el lugar que más les convenga por motivos prácticos (*ver para. 11 de la “Memoranda de la Demandante”*).

32. Sobre la conveniencia de la aplicación de la teoría de la sede a falta de determinación expresa de las partes sobre la norma procesal aplicable, ya hemos argumentado suficiente en el punto 1.1 de este “Asunto I”. Por tanto, en este punto nos limitaremos a rebatir la afirmación de TELCOM de que la carencia de formalidades respecto a la sede del procedimiento y que éste pueda sustanciarse donde resulte más práctico impide que pueda tenerse en cuenta la aplicación del derecho del lugar o *lex arbitri*.

33. Aunque la sede está destinada a ser el centro de gravedad del arbitraje, esto no significa que todos los procedimientos del arbitraje deban realizarse allí. “Si bien la elección de la sede también indica el lugar geográfico donde se realiza el arbitraje, ello no significa que las partes se hayan limitado a ese lugar. Como se señaló en un pasaje aprobado por el Tribunal de Apelaciones en el caso *Naviera Amazonia Peruana SA vs. Compañía Internacional de Seguros del Perú*, 1 Lloyd’s Rep. 116, párrafo 121, a menudo puede resultar conveniente mantener reuniones o incluso celebrar audiencias en otros países. Esto no quiere decir que se modifique la sede del arbitraje cada vez que se cambia de país. El lugar jurídico del arbitraje sigue siendo el mismo aun cuando el lugar físico cambie en ocasiones, a menos que las partes acuerden modificarlo”¹².

34. El Reglamento de Arbitraje de la CCI ha reconocido esta realidad al permitir la realización de audiencias y reuniones en un lugar distinto al determinado para el arbitraje¹³. También la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional permite al tribunal arbitral reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los expertos o a las partes, salvo que éstas se opongan¹⁴. Estas disposiciones reconocen las realidades del arbitraje comercial internacional, en el que es probable que las partes, los abogados y los árbitros operen desde distintas partes del mundo. Le confieren flexibilidad al tribunal y a las partes para elegir una ubicación conveniente para las reuniones procesales, audiencias y deliberaciones¹⁵. Además, el lugar donde tengan lugar las vistas orales puede ser, en la práctica, distinto de la sede del arbitraje, ya sea

¹² SAVILLE, J., en “*Union of India vs. McDonnell Douglas Corp*”, 1993 2 Lloyd’s Rep. 48.

¹³ Ver art. 14 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

¹⁴ Ver art. 20.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁵ REDFERN/HUNTER, “Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”, para. 2-17, Aranzadi, 2006.

porque las vistas tienen lugar en varias ciudades diferentes, por teléfono o por medios electrónicos¹⁶.

35. Por tanto, si respecto al arbitraje no se considera requisito indispensable que todos y cada uno de los actos del mismo se desarrollen en la concreta sede para determinar el lugar en el que lleva a cabo, *mutatis mutandis*, el hecho de que el proceso conciliatorio no requiera formalidad respecto de la sede, no es óbice para que no pueda determinarse cuál es el lugar de la conciliación y, por ende, la norma procesal aplicable a la misma en virtud de la teoría de la sede.

1.4. APLICACIÓN DE LA LEY MODELO DE CONCILIACIÓN DE MADREPatria.

36. Alega TELCOM en su Demanda que en virtud del art. 4.2 de la Ley Modelo de Conciliación de Cervantia y Andina, según ella la aplicable al caso, no se precisa de ninguna formalidad para que la parte que realizó la invitación de conciliar pueda considerar la etapa de conciliación precluida si no obtiene respuesta a los 30 días de extendida tal invitación (*ver para. 13 a 16 de la “Memoranda de la Demandante”*). Tal afirmación la hace la Demandante para desvirtuar la alegación de INMAM de que la Ley Modelo aplicable es la de MadrePatria que establece, también en su art. 4.2, que transcurrido dicho periodo la parte que realizó la invitación podrá comunicar a la contraparte que considera rechazada la invitación.

37. Sin embargo, consideramos que TELCOM se equivoca en sus planteamientos. En ningún momento INMAM ha exigido la comunicación del art. 4.2 de la Ley Modelo de MadrePatria. En su “Respuesta a la Notificación del Arbitraje”, INMAM sólo argumenta que la falta de contestación de la parte invitada a conciliar dentro de los 30 días siguientes a la invitación no constituye un rechazo de la conciliación (*ver para. 15 de la “Respuesta a la Notificación del Arbitraje”*).

38. Ello es así porque el verbo “podrá” que se utiliza tanto en el art. 4.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 adoptada por Cervantia y Andina, como en la misma ley modelo adoptada por MadrePatria con la modificación en dicho art. 4.2, establece el carácter potestativo de dicha acción, es decir, la Demandante tiene la opción pero no la obligación de considerar concluida la conciliación. Esto es algo reconocido por la propia Demandante (*ver para. 16 de la “Memoranda de la Demandante”*).

39. Por tanto, se equivoca de nuevo TELCOM al alegar en su Demanda que el plazo de los 30 días es un plazo preclusivo (*ver para. 15 de la “Memoranda de la Demandante”*). El transcurso de dicho plazo sólo le da la opción de considerar la invitación rechazada, pero no supone automáticamente la terminación de la fase de conciliación. La única finalidad del párrafo 2 del art. 4 LMC es dar certidumbre a una de las partes en una situación en la que no queda claro si la otra parte está dispuesta a conciliar, determinando el momento en el que se podrá estimar que el intento de conciliación ha fracasado¹⁷.

¹⁶ ZAMBRANA-TÉVAR, N., “Determinación del Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones”, Compilación de ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, pág. 421.

¹⁷ Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), para. 46, Observaciones sobre el art. 4.

40. Los propios actos de TELCOM desvirtúan la alegación de que el plazo de 30 días es preclusivo. En fecha de 24 de mayo de 2008, TELCOM remitió a INMAM una primera invitación a iniciar la conciliación (*ver Doc. Demda. N° 16*). Posteriormente, en fecha de 1 de julio de 2008, TELCOM volvió a enviar una invitación a iniciar la conciliación (*ver Doc. Demda. N° 17*). Si realmente interpretaba que la falta de contestación de INMAM transcurridos 30 días desde la primera invitación suponía la terminación automática o preclusión de la fase de conciliación, carece de sentido extender una segunda invitación. Ahora, en su Demanda, este *venire contra factum proprium* evidencia la vulneración del principio de buena fe que debe presidir la interpretación de las leyes internacionales de derecho uniforme (art. 2.1 LMC).

ASUNTO 2: LA FASE DE CONCILIACIÓN NO HA CONCLUIDO.

41. Alega TELCOM en su Demanda que la conciliación perdió su sentido debido al tiempo transcurrido desde su primera invitación a conciliar hasta que obtuvo respuesta de INMAM. Añade TELCOM que ello es muestra de la falta de interés de INMAM por resolver la disputa a través de la conciliación (*ver para. 18 de la “Memoranda de la Demandante”*). Asimismo afirma que dado que la relación entre las partes se había deteriorado debido a las desavenencias del contrato, la conciliación ha perdido eficacia pues su finalidad es mantener relaciones armoniosas dentro de la resolución del conflicto (*ver para. 19 de la “Memoranda de la Demandante”*). Según TELCOM, dejar pasar más tiempo hubiera resultado nocivo para sus intereses. Añade que la notificación de la terminación de la fase de la conciliación era improcedente al no ser exigida por la Ley Modelo y que, aun así, la comunicación del inicio del proceso arbitral sirvió de comunicación a INMAM de que la fase conciliatoria se consideraba concluida (*ver para. 20 de la “Memoranda de la Demandante”*).

42. Sin embargo, la conciliación tiene una ventaja innegable: consume menos tiempo que el arbitraje. Un estudio de la Cámara de Comercio Internacional revela que la conciliación permite resoluciones más rápidas que el arbitraje¹⁸. La conciliación es particularmente útil si las partes han tenido largas y provechosas relaciones comerciales y desean protegerlas de su disputa actual. A este respecto, la informalidad y la naturaleza consensual de la conciliación crea un clima que permite encontrar una razonable y práctica solución a la controversia que el proceso arbitral, con las acusaciones y contraacusaciones que le son inherentes, no permitiría¹⁹. Por tanto, si realmente TELCOM pretendía una resolución rápida de la controversia y seguir manteniendo la armonía en sus relaciones con INMAM debería haber tenido en cuenta la aceptación de la invitación a conciliar que la Demandada le remitió el 8 de agosto de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 18*).

43. Por otra parte, ya hemos argumentado en el punto 1.4 del “Asunto 1” que INMAM en ningún momento ha exigido la comunicación que aparece en el art. 2.4 de la Ley Modelo sobre Conciliación de MadrePatria. No obstante, consideramos necesario introducir en este punto un asunto que desarrollaremos más extensamente en el “Asunto

¹⁸ SMITH, J., “Mediation and the Principles of UNIDROIT”, en Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág. 240.

¹⁹ SMITH, J., “Mediation and the Principles of UNIDROIT”, en Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pág. 241.

3” de esta “Contestación” a la Demanda de TELCOM. La cláusula de resolución de controversias pactada entre INMAM y TELCOM es una cláusula integrada de resolución de disputas en la cual las partes han acordado varias fases para el manejo de las controversias surgidas de un contrato, con la intención de que el asunto pase de una fase a la siguiente si no se consigue en ella una solución²⁰. Como veremos, esa escala de fases suele incluir las negociaciones, seguidas por la conciliación, seguida a su vez por el arbitraje y, en su caso, por el litigio ante los tribunales ordinarios.

44. Pues bien, esa escala de fases propia de este tipo de cláusulas hace surgir la cuestión de cuándo se puede considerar que una fase está agotada y, por tanto, se puede pasar a la siguiente²¹. Esta cuestión se suscita cuando se interpreta que la conclusión de la fase precedente es obligatoria para poder pasar a la siguiente fase prevista en la cláusula. En el “Asunto 3” nos ocuparemos en detalle sobre esta cuestión para seguir, de esa manera, el esquema expositivo de la “Demanda”. Ahora podemos decir que de las cláusulas integradas estándar promulgadas por distintas organizaciones arbitrales se desprende que para solventar la cuestión de si la fase está concluida o no, es recomendable que se establezca en dichas cláusulas, de mutuo acuerdo, un tiempo límite para llevar a cabo las actuaciones propias de cada fase, o bien, un acontecimiento que sirva como indicador de la conclusión de la fase en cuestión.

45. A este respecto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 adoptada por MadrePatria o, si lo quiere la Demandante, la Ley Modelo sobre Conciliación de Cervantía y Andina, establece en su art. 11.d que la terminación unilateral del proceso de conciliación se haga mediante una declaración a la otra parte de que se considera dicho proceso concluido. Por tanto, dado que no se pactó un tiempo límite para la consecución de un acuerdo sobre la controversia ni se fijó ningún acontecimiento que indicara la conclusión de la fase de conciliación, TELCOM debería haber comunicado a INMAM que consideraba concluida la fase de conciliación. Pero no en virtud del art. 4.2 LMC de MadrePatria, cuestionado por TELCOM, sino por lo establecido en su art. 11.d). Asimismo, aun cuando pudiera considerarse, como pretende la Demandante, que la notificación del inicio del arbitraje sirvió para dar por concluida la fase de conciliación, lo cierto es que dicha notificación es posterior a la comunicación de INMAM en la que se aceptaba la iniciación de la conciliación.

ASUNTO 3: INTERPRETACIÓN DE BUENA FE DE LA CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN AMISTOSA DE CONTROVERSIAS.

46. Alega TELCOM en su Demanda que interpretar de buena fe la cláusula compromisoria pactada, implica no estancar la resolución del conflicto en una fase de conciliación que resulta infructífera, sino entender dicha cláusula en el sentido de hacer prevalecer la intención y necesidad de las partes de resolver, de manera urgente y definitiva, sus desavenencias actuando de una manera encaminada a lograr tal finalidad, pues ese fue el propósito que dio origen a la redacción y aceptación de esta cláusula (*ver para. 22 de la “Memoranda de la Demandante”*).

²⁰ CARTER, J., “Issues arising from integrated dispute resolution clauses”, en *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, pág. 446, ICCA International Arbitration Congress, KLI, 2005.

²¹ Esta cuestión se suscita cuando se interpreta que la conclusión de la fase precedente es obligatoria para poder pasar a la siguiente fase. En el “Asunto 3” nos ocuparemos en detalle sobre esta cuestión para seguir, de esa manera, el esquema expositivo de la “Demanda”.

47. Como ya hemos adelantado en el “Asunto 2”, la cláusula de resolución de controversias pactada entre TELCOM e INMAM es una cláusula integrada de resolución de disputas en la cual las partes han acordado varias fases para el manejo de las controversias surgidas de un contrato, con la intención de que el asunto pase de una fase a la siguiente si no se consigue en ella una solución. Aunque sólo un limitado número de organizaciones arbitrales²² han promulgado cláusulas integradas estándar de resolución de controversias, de ellas podemos extraer la estructura que identifica este tipo de cláusulas. Generalmente, consisten en varias fases para el manejo de las controversias surgidas de un contrato, con la intención de que el asunto pase de una fase a la siguiente si no se consigue en ella una solución. Esas fases o escalones suelen ser las negociaciones, la conciliación, el arbitraje y, en su caso, el litigio ante los tribunales. En el caso de las negociaciones y la conciliación, las organizaciones arbitrales recomiendan que el paso de una fase a la siguiente se determine estableciendo un tiempo límite para llevar a cabo las actuaciones propias de la fase, o bien, estableciendo un suceso o acontecimiento que indique que dicha fase está concluida.

48. La cláusula de resolución de controversias pactada entre TELCOM e INMAM responde a la estructura de este tipo de cláusulas. En dicha cláusula se pactó expresamente que las desavenencias derivadas o relacionadas con el contrato se intentarían resolver negociando de buena fe y a través de la conciliación. Sólo cuando las desavenencias no pudieran ser resueltas por estos métodos se podría iniciar un procedimiento arbitral (*ver Doc. Demda. N° 4*). En la cláusula compromisoria pactada entre TELCOM e INMAM, no se estableció plazo alguno para conseguir un acuerdo a través de la negociación y la conciliación. Tampoco se determinó suceso alguno que de acontecer evidenciara que esas fases estaban concluidas. Ante esta laguna de lo pactado entre las partes, debe acudirse a la Ley Modelo de Conciliación para cubrirla. La LMC de MadrePatria, y también la de Cervantia y Andina, establece en su art. 11.d que la terminación unilateral del proceso de conciliación se haga mediante una declaración a la otra parte de que se considera dicho proceso concluido. Como ya se ha dicho en el “Asunto” anterior, no existe dicha comunicación y de existir, fue posterior a la aceptación por INMAM de la invitación a conciliar de TELCOM.

49. También hemos adelantado en el “Asunto” anterior que pudieran surgir dudas sobre si las fases de negociación o de conciliación son obligatorias o no. Para distinguir si un acuerdo para negociar y conciliar es obligatorio o no, debe acudirse a la intención de las partes cuando suscribieron dicho acuerdo. A este respecto, el art. 13 LMC establece que cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo para salvaguardar los derechos que les correspondan a las partes. TELCOM e INMAM se comprometieron en la cláusula pactada a no entablar ningún procedimiento arbitral o judicial durante el periodo de negociaciones y durante la conciliación (*ver Doc. Demda. N° 4*). La intención de las partes era agotar todos los aspectos de las fases de negociación y de conciliación, antes de pasar a la fase siguiente, la del arbitraje. La consecuencia de esta disposición es que, mientras no esté concluida la fase de conciliación, el tribunal judicial o arbitral estará

²² AAA Recommended Clauses, 2004; Suggested ICC ADR Clauses, 2001; LCIA Recommended Clause, 2002; CEDR Model Clauses, 2003; WIPO Recommended Clauses; BIMCO Recommended Clause, 2002.

obligado a impedir que se entable un litigio o un arbitraje por ser eso contrario a lo acordado por las partes²³.

ASUNTO 4: TELCOM INCURRE EN COMPORTAMIENTOS CONTRADICTORIOS

50. Argumenta la Demandante que INMAM incurre en comportamientos contradictorios al pretender que la fase de conciliación no está terminada cuando, por su comportamiento, evidenció que no tenía interés alguno en conciliar, al responder extemporáneamente a las invitaciones que TELCOM le remitió (*ver para. 23 a 25 de la "Memoranda de la Demandante"*).

51. Ya hemos argumentado en el "Asunto 3", que la cláusula integrada de resolución de controversias pactada por las partes, las obligaba a agotar o terminar las fases de negociación y conciliación antes de pasar a la de arbitraje. También hemos argumentado en el "Asunto 2" que si TELCOM daba por terminada esas fases precedentes, estaba obligada a comunicar a INMAM dicha terminación, al no haberse pactado un tiempo límite o un acontecimiento que pudiera indicarla. Incluso hemos argumentado en el punto 1.4 del "Asunto 1", que el plazo de 30 días del art. 2.4 de la LMC no es preclusivo, dado el carácter potestativo de la consideración del rechazo a la conciliación. Según el art. 1.8 de los Principios UNIDROIT, una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja. El entendimiento del que habla esta disposición puede suscitarse por una conducta o un silencio²⁴.

52. Por tanto, entendemos que no ha sido INMAM con sus actos la que ha generado en TELCOM un entendimiento erróneo, sino que INMAM se mantuvo a la expectativa de que TELCOM, si realmente consideraba agotada la fase de conciliación, le remitiera una comunicación en tal sentido, ya fuese en base al citado plazo de 30 días del art. 2.4 LMC, ya fuese en base a la obligatoriedad de dar por agotada la conciliación antes de iniciar el procedimiento arbitral; obligatoriedad que se desprende de la fórmula pactada en la cláusula integrada de resolución de controversias que formaba parte del contrato, como ya se ha explicado.

53. Esta omisión de TELCOM en la comunicación de la conclusión de la fase de conciliación, fue la que indujo a INMAM a pensar que dicha fase aún era posible y, por ello, remitió su aceptación a la invitación para conciliar (*ver Doc. Demda. N° 18*).

CONCLUSIÓN DE LA PARTE PROCESAL

54. En caso de que las partes no expresen cuál es su concreta voluntad sobre la norma procesal a aplicar al arbitraje, debe acudir a la teoría de la sede, según la cual el arbitraje se rige por el derecho correspondiente al lugar en que se celebra, que es la sede del arbitraje. Es de suponer que para llenar cualquier vacío en dicha norma u otro asunto procesal controvertido no regulado en la misma que pudiera surgir durante el

²³ Guía para la incorporación al Derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), para. 84, observaciones sobre el art. 13.

²⁴ Comentario al art. 1.8 UNIDROIT en "Official Comments on Articles of the UNIDROIT Principles, 2004", pág. 22.

procedimiento, el tribunal acudirá al derecho de la sede o *lex arbitri*. Sino ¿qué sentido tendría determinar el lugar de arbitraje? Si esto es así para una parte de la cláusula integrada para la resolución de controversias pactada en el contrato ¿por qué excepcionarlo para la otra parte de dicha cláusula, esto es, para la conciliación? Por ello, entendemos que la Ley Modelo sobre la Conciliación a aplicar al caso es la de MadrePatria. Sobre este tema, no es aplicable al caso la doctrina del tronco común, pues las partes sí determinaron el derecho aplicable al contrato, decantándose por la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Y en el caso del derecho procesal aplicable, determinaron la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, los defectos o lagunas del cual deben ser complementados, como ya se ha argumentado, por la *lex arbitri*; en nuestro caso, la de MadrePatria. Por otra parte, respecto al arbitraje no se considera requisito indispensable que todos y cada uno de los actos del mismo se desarrollen en la concreta sede para determinar el lugar en el que lleva a cabo, *mutatis mutandis*, el hecho de que el proceso conciliatorio no requiera formalidad respecto de la sede, no es óbice para que no pueda determinarse cuál es el lugar de la conciliación y, por ende, la norma procesal aplicable a la misma en virtud de la teoría de la sede.

55. La cláusula de resolución de controversias pactada entre INMAM y TELCOM es una cláusula integrada de resolución de disputas en la cual las partes han acordado varias fases para el manejo de las controversias surgidas de un contrato, con la intención de que el asunto pase de una fase a la siguiente si no se consigue en ella una solución. De las cláusulas integradas estándar promulgadas por distintas organizaciones arbitrales se desprende que para solventar la cuestión de si la fase está concluida o no, es recomendable que se establezca en dichas cláusulas, de mutuo acuerdo, un tiempo límite para llevar a cabo las actuaciones propias de cada fase, o bien, un acontecimiento que sirva como indicador de la conclusión de la fase en cuestión. En la cláusula compromisoria pactada entre TELCOM e INMAM, no se estableció plazo alguno para conseguir un acuerdo a través de la negociación y la conciliación. Tampoco se determinó suceso alguno que de acontecer evidenciara que esas fases estaban concluidas. Ante esta laguna de lo pactado entre las partes, debe acudirse a la Ley Modelo de Conciliación para cubrirla que establece en su art. 11.d que la terminación unilateral del proceso de conciliación se haga mediante una declaración a la otra parte de que se considera dicho proceso concluido. No existe dicha comunicación y de existir, fue posterior a la aceptación por INMAM de la invitación a conciliar de TELCOM. Es más, TELCOM e INMAM se comprometieron en la cláusula pactada a no entablar ningún procedimiento arbitral o judicial durante el periodo de negociaciones y durante la conciliación. La intención de las partes era agotar todos los aspectos de las fases de negociación y de conciliación, antes de pasar a la fase siguiente, la del arbitraje. La consecuencia de esta disposición es que, mientras no esté concluida la fase de conciliación, el tribunal judicial o arbitral estará obligado a impedir que se entable un litigio o un arbitraje por ser eso contrario a lo acordado por las partes

PARTE SUSTANTIVA

ASUNTO 1: INMAM NO VIOLÓ SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR UN PRODUCTO LIBRE DE RECLAMACIONES DE TERCEROS.

56. En el “Asunto 1” de su escrito de Demanda, TELCOM hace referencia a la comunicación que recibió de Drake Industries en la que le informaba que los productos objeto del contrato con INMAM y que pretendía comercializar en Cervantia infringían “flagrantemente” derechos de propiedad industrial de los que era titular. TELCOM reconoce que dudó de la veracidad de lo afirmado y, por ello, encargó un estudio independiente a una firma de Cervantia, especializada en propiedad industrial. Con base en las conclusiones de dicho estudio, TELCOM entendió que podía complicarse la comercialización de los televisores, así como resultar deteriorada su imagen comercial. Es por ello por lo que, con base en el art. 42 CISG, atribuye a INMAM la violación de sus obligaciones contractuales, por entender que ésta no podía ignorar que su producto estaba infringiendo derechos de propiedad industrial de un tercero del mismo país del comprador.

57. Sigue diciendo la Demandante que, esas pretensiones de tercero, constituyen un incumplimiento esencial del contrato por parte de INMAM, lo que la legitimaba para resolver el contrato. Sin embargo, optó por solicitar del vendedor la solución de los problemas que esas pretensiones planteaban, y de esa manera que cumpliera con el deber que le impone el art. 42 CISG. Amplía la Demandante su argumentación afirmando que INMAM no podía ignorar que existía infracción a los derechos de propiedad industrial de terceros en el momento de la contratación.

1.1. LA PRETENSIÓN DE DRAKE INDUSTRIES ES INFUNDADA.

58. En fecha 28 de marzo de 2008 la Demandante recibió una misiva de Drake Industries en la cual esta pretendía: primero, que la marca de los televisores TDT-NEO induce a confusión con la marca NEO, perteneciente a una gama de microondas, comercializado por Drake; segundo, que el sistema operativo de los televisores, INMAM Multimedia, infringe “flagrantemente” los derechos del sistema operativo Media Periphery cuya licencia pertenece a una compañía independiente de las litigantes, Macrohard, y que es incorporado en los ordenadores distribuidos por Drake hace años; tercero, que el soporte de aluminio de los nuevos televisores guarda parecido con el utilizado en la gama de televisores NV-7½, también distribuida por Drake.

59. La evaluación llevada a cabo por el bufete Gades & Pernía (*ver Doc.Demda. N° 6*) responde a las tres cuestiones suscitadas por Drake de forma diferente pero homogénea en su mensaje intrínseco, no representan una reclamación fundada en ninguno de sus aspectos²⁵. A pesar de esto la Demandante tergiversa y corrompe el significado y alcance de dicho informe, sobre todo en relación al punto 2 y 3 de las reclamaciones de Drake. En concreto, el informe subraya los “fundamentos distintos e inconfundibles” entre los dos sistemas operativos en disputa, explicando que las únicas similitudes que pueden tener los dos sistemas entre sí son los que es razonable esperar entre dos

²⁵ Dölle (Neumayer) Artículos 52 § 17 (en referencia al ULIS). “Not every “frivolous” or (even) vexatious claim would be sufficient, but rather only substantiated claims”, 1976. Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht [Commentary, article by article on ULIS/ULF], München: Beck (1976) 840 p.

productos generados en una industria cuyas innovaciones se producen de forma secuencial. TELCOM en su demanda (*ver para. 35 de la "Memoranda de la Demandante"*) establece sin fundamento alguno que a partir del informe técnico sobre el software existen suficientes méritos para reconocer un riesgo que, catastróficamente, define como inminente. Es significativo que en ningún momento TELCOM mencione el hecho de que la licencia del software en cuestión no pertenezca a Drake (sino a MACROHARD), y que ésta solo tiene exclusividad sobre la distribución de los ordenadores DULL, no sobre el software, por lo que no tiene capacidad para proponer esta infracción. Es nuestro deber también recordar al Tribunal que uno de los elementos fundamentales que deben permear toda relación comercial es la buena fe²⁶, presente en todas nuestras actuaciones y declaraciones, situación que no se puede afirmar de la Demandante hasta el mismo extremo, valga citar la intención de engañar que demuestra al afirmar que “ambos software derivan de uno llamado LINATT” (*ver para. 35 de la "Memoranda de la Demandante"*), cuando es internacionalmente reconocida la competencia entre este sistema citado y el creado por MACROHARD, son dos y bien diferentes, hecho sobre el que existe ningún tipo de duda.

60. Esta manipulación se repite cuando se hace referencia a los soportes de los televisores: en el momento en que Gadés&Pernía observa que “ambos diseños poseen registros distintos” y que son “diversos en cuanto al aspecto físico”, la Demandante encuentra estas consideraciones un fundamento para entender que “existen suficientes méritos”. Está claro a partir de ese informe que el único riesgo en este caso es caer en la trampa comercial que Drake tiende a TELCOM, los hechos demuestran que no hay motivos para entender fundadas estas pretensiones, es decir, que puedan impedir el uso del bien que se contrató²⁷; lo único que pone en duda el bufete es que se trate de una maniobra comercial por parte de Drake la cual tiene una política comercial extremadamente agresiva, basada en demandar sistemáticamente otros competidores para poder aventajarse en el mercado.

61. El Demandante asume que INMAM ha incumplido el contrato según artículo 42 CISG. Los problemas con Drake Industries surgen el 28 de marzo de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 5*) y son comunicados a INMAM el 20 de abril de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 7*). INMAM responde el 25 de abril de 2008 poniendo de manifiesto, que las amenazas de Drake Industries son absurdas e infundadas, como ya ha sido especificado en el apartado anterior. Como el Demandado insistía en cambiar los soportes, le comunicamos con fecha de 5 de mayo de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 10*) que “procedemos de inmediato a implantar los cambios solicitados”, lo que sin duda muestra nuestra voluntad de incorporar los nuevos componentes para satisfacer a TELCOM, y cooperar de manera razonable²⁸ a la correcta relación que se mantiene con la Demandante hace años. Resultaba que el cambio de los soportes subiría el precio por aparato unos 150€. Este precio incluía el nuevo soporte mismo y los costes de transporte, montaje etc.

62. A partir de esa fecha surgen los problemas en cuanto al precio pactado, porque TELCOM pretende que el precio era de 2 500€. Además asume que los costes del

²⁶ UNIDROIT art.1.7 “Official Comments on Articles of the UNIDROIT Principles, 2004”; art.7 CISG

²⁷ SCHLECHTRIEM, “Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods”, Pt.III Cap.II Secc.II parr.4, Oxford

²⁸ UNIDROIT. Art.5.1.3 “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”, “Official Comments on Articles of the UNIDROIT Principles, 2004”

cambio de los soportes correspondían a nosotros refiriéndose a dicho Art. 42 CISG. Si fuera aplicable este artículo, esto sería así. Pero no es el caso, porque el Art.42 CISG exige que las mercaderías estén libres de cualesquiera derechos o pretensiones de terceros en el momento de la entrega. Sólo si en este momento un tercero reivindica a las mercaderías entregadas, el vendedor es responsable²⁹. Como todavía no estamos en la fecha de entrega, que era el 15 de septiembre de 2008 e incorporando los cambios el 15 de octubre de 2008, INMAM no tiene obligación de intervenir. Sin embargo INMAM se muestra dispuesto a hacer caso a los deseos de TELCOM. Resulta lógico que el cambio de los soportes requiere mucha flexibilidad por parte de INMAM ya que tienen que incorporarse inmediatamente, lo que justifica la subida del precio por televisor.

1.2. INMAM NO TIENE RESPONSABILIDAD SEGÚN ART 42 CISG

63. El Demandante entiende que INMAM ha incumplido el contrato según artículo 42 CISG. Dicho artículo establece la obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basadas en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual. A pesar de la incorrecta interpretación de los preceptos por parte de la demandante en relación a la inconformidad de la mercadería, es nuestro deber aclarar y dar fe al Tribunal que las reclamaciones serían, en todo caso, infundadas y temerarias (**A**)³⁰, y que en caso de que se consideraran al menos una amenaza concreta a la utilización de los bienes para el fin que se les habría dado en condiciones normales, se cumplen ampliamente los requisitos que excluyen la responsabilidad del vendedor cuando el comprador conocía o no podía no haber conocido las eventuales reclamaciones de terceros (**B**), según dispone el art.42.2.a CISG.; en claro detrimento de la teoría de la Demandante por la cual no podíamos no conocer las pretensiones de terceros (**C**), hecho claramente falso, ya que al momento de la eventual perfección del contrato no podíamos conocer esta reclamación ya que no considerábamos y seguimos sin considerar que nuestros productos infrinjan ninguna de las licencias que Drake afirma.

64. Por otro lado es fehaciente que se utilizan estas pretensiones de Drake de manera maliciosa para obtener modificaciones del contrato sin correr por ello el comprador en los gastos que supondría en condiciones normales, pretendiendo de nuestra parte una reducción del precio excesiva, la modificación de elementos (y el consecuente dispendio monetario) y la entrega en unos plazos inaceptables por las modificaciones requeridas; lo que pone aún más en evidencia la intención de ponernos en una clara situación de desventaja, ya que un eventual cumplimiento tardío por nuestra parte al aceptar las modificaciones, desembocaría seguramente, así como sucede en esta ocasión, en un procedimiento fuera de los usos debidos entre dos empresas que mantienen hace años una cordial y honesta relación.

A. Las reclamaciones de Drake son temerarias

65. El artículo 42 CISG establece la obligación para el vendedor de entregar las mercancías libres de toda reclamación de terceros relativas a propiedad intelectual o industrial que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración

²⁹ STAUDINGER/MAGNUS, "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen" Wiener UN- Kaufrecht, (Berlin, 2005), pág.443, §25

³⁰ SCHLECHTRIEM Part III Chapter II Secc.II parr.15, "Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods", Oxford 2005

del contrato. Es fundamental esclarecer cuales son los extremos de esta previsión de la CISG, cual es su fin último, y , en definitiva, establecer el baremo por el cual el vendedor es responsable de la reclamación de un tercero de forma que sea su deber subsanar los problemas que ésta genere.

66. En primer lugar comprobando la historia legislativa del artículo 42 (art. 40 en el Proyecto de 1978) es patente la intención de la Comisión de diferenciar³¹ este precepto sea de la inconformidad de los productos previstos en el art.35 CISG (aunque manteniendo similitudes en cuanto a la estructura de exclusión de responsabilidad del vendedor³² y a la motivación por la cual se incluye la norma, es decir la imposibilidad del comprador de poder dar el uso correcto a los bienes) sea de las reclamaciones de terceros previstas por el art.41 CISG.

67. La diversificación de estos supuestos (conformidad, pretensiones de terceros y pretensiones de terceros en base a propiedad intelectual) hace posible que las disposiciones relativas a conformidad de las mercaderías (Art.35 CISG), responsabilidad del vendedor por falta de conformidad (Art. 36 CISG), subsanación de la falta de conformidad previa a la fecha de entrega (Art.37 CISG) y notificación de falta de conformidad (art.39 CISG), se excluyen en lo que respecta la obligación del vendedor de entregar bienes libres de reclamaciones de terceros prevista en el art.42 CISG³³; por lo que las pretensiones de la demandante respecto a la modificación del producto en base a un supuesto de incumplimiento del art.42 CISG es doblemente infundado, por ser la reclamación infundada y temeraria, como a continuación explicaremos, y por no ser aplicable la aplicación del art.37 CISG por lo que son solo las palabras ambiguas de la Demandante lo que sustentan su pretensión de obtener unos productos con añadidos costosos sin correr con los gastos y pedir daños por 5.500.00 Euros. .

B. TELCOM conocía o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o pretensión

68. La responsabilidad del vendedor por reclamaciones de terceros regulada en el art.42 CISG tiene una importante excepción, impuesta en el mismo artículo en su segundo apartado sección a), donde se establece que el vendedor no es responsable si al momento de perfeccionarse el contrato el comprado conocía o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o pretensión.

69. Entendemos que esta excepción es perfectamente aplicable a este supuesto, para poder comprender hasta qué punto la Comisión entiende que debe extenderse este “conocía o no hubiera podido ignorar”, es necesario tener en cuenta que la inclusión de esta dicción no responde a una mera tesitura sintáctica, sino que responde a una finalidad determinada, es decir limitar la responsabilidad del vendedor³⁴, que de otra forma tendría siempre tan amplio margen para ser responsable que no solo no se favorecería el comercio internacional (fin primero de la CISG), sino que lo haría prácticamente imposible.

³¹ Secretariat Commentary on the 1978 Draft of the CISG, art.43 parr.7

³² SCHLECHTRIEM “Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods”, Oxford 2005, Part III Chapter II Secc.II parr.16

³³ Secretariat Commentary on the 1978 Draft of the CISG, art.43 parr.8

³⁴ HONNOLD, “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention”, para. 229 a)

70. Esta limitación se produce poniendo en el mismo plano al vendedor y al comprador en determinadas situaciones que permiten excluir aquellas reclamaciones o situaciones que ambos podía conocer sin necesidad de ningún tipo de investigación específica en este campo, en particular, Honnold³⁵ especifica la clara diferencia de las expresiones anglosajonas “ought to have known” (cuyo deber era conocer) y “could not have been unaware” (no hubiera podido ignorar). La primera hace referencia a un deber específico de investigación y documentación, normalmente atribuida al vendedor, y la segunda se refiere a aquellas situaciones que una parte no hubiera podido ignorar, es decir una situación específica, en este caso una infracción de patentes, que es cognoscible a simple vista.

71. Teniendo en cuenta lo expuesto por la parte Demandante y las aclaraciones facilitadas por el Tribunal es posible determinar que las marcas distribuidas por Drake Industries son muy populares, como en el caso de los ordenadores DULL que llevan muchos años comercializando; es decir son marcas reconocidas y evidentemente publicitadas, este hecho no solo da fe de que TELCOM no podía no conocer estos productos en el momento de perfeccionar el contrato y que por tanto “no podía no ignorar” a simple vista estas posibles reclamaciones, sino que la mayor parte de la doctrina entiende que sin necesidad de esta especificación gramatical no hay responsabilidad del vendedor cuando se habla de marcas reconocidas y publicitadas³⁶. Es por otro lado demostrable que la exclusión de responsabilidad que se atribuye la Demandante al calificarse como simple distribuidora de productos electrodomésticos es errónea; hay jurisprudencia suficiente³⁷ (a parte de la doctrina citada anteriormente) que permite afirmar que un profesional en el desarrollo de sus actividades y con la capacidad que se le supone y que como en el caso de TELCOM afirma haber indagado el mercado³⁸ (ver *Doc. Demda. N° 4*) no puede ignorar las posibles infracciones de marcas reconocidas o de un sector que conocen ampliamente³⁹, como es el caso de TELCOM, que no solo distribuye electrodomésticos en cuatro países diferentes, sino que no puede desconocer los productos de la por ellos definida como molesta y directa competidora Drake Industries, así como sus prácticas comerciales agresivas.

72. Tampoco puede de ninguna manera la Demandante poner en práctica la política del avestruz, afirmando que nada conocen ni nada manejan, ya que en principio el vendedor soporta la ya pesada carga de la responsabilidad por reclamaciones de terceros de forma genérica, lo que le hace efectivamente más vulnerable; el comprador no puede, otra vez, no conocer derechos de propiedad intelectuales o la posible infracción de los mismos si son reconocidos y forman parte de su ámbito de actividad; derechos que, en definitiva, podría haber conocido solo con tener los ojos abiertos, sin necesidad de tener que hacer ningún tipo de investigación onerosa⁴⁰.

73. No es de menor importancia el riesgo procesal que puede representar la reclamación de un tercero, y es por ese motivo que no queremos dejar de subrayar el hecho de que lo único que ha habido hasta el momento en el que la Demandante repudió

³⁵ HONNOLD, “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention”, para. 229 a)

³⁶ SCHLECHTRIEM, “Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods”, Pt.III Cap.II Secc.II parr.16, Oxford, 2005

³⁷ Cour de Cassation, 19 de marzo 2002; Cour d’appel Colmar, 13 de noviembre de 2002, D.I

³⁸ 23 November 2004 *Tribunal de grande instance* [District Court] Versailles

³⁹ 22 August 1993 Supreme Court (*Examin v. Textile and Footware*)

⁴⁰ ETIER RAUDA, *Garantie en cas d’éviction et propriété intellectuelle dans la vente internationale*

el contrato, el 16 de mayo de 2008, (*ver Doc. Demda. N° 13*) es una simple carta con amenazas vagas y sin ningún fundamento técnico ni jurídico realmente concreto; tampoco ha habido ningún petición de medidas cautelares por parte de Drake, teniendo en cuenta que desde las primeras amenazas con fecha 28 de marzo de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 5*) hasta el 16 de mayo de 2008, fecha definitiva del repudio por parte de TELCOM han transcurrido 49 días sin más comunicaciones por parte de Drake, la cual no ha tomado acción judicial alguna; tampoco podría TELCOM alegar que esto no acaeciera porque Drake estuviese al corriente del intercambio epistolar con INMAM, ya que no TELCOM haya enviado algún tipo de comunicación a Drake avisando de los cambios que estaba solicitando para obviar estas infracciones de licencia para evitar que esta procediera judicialmente.

C. INMAM no podía conocer la existencia de las pretensiones de Drake Industries

74. Por tanto, siendo una de las razones que justificaron la inclusión de este precepto dentro del Convenio el hecho que una vez que un tercero toma medidas judiciales respecto a los bienes objeto del contrato, el comprador, hasta que se resuelva la reclamación, debe enfrentarse a la posibilidad de tener que pleitear directamente con el tercero y soportar los costes que estos supondrían, por no citar la imposibilidad, en muchos casos, de no poder utilizar los bienes para el fin que tenían destinados en el momento de perfeccionar el contrato⁴¹, es indicativo de la inexistencia de los fundamentos necesarios para responsabilizar al vendedor, en este caso INMAM, por una infracción de la responsabilidad prevista por el artículo 42 CISG, que no existiese demanda alguna el 28 de marzo y, sobretodo, que haya transcurrido un tiempo más que razonable desde la amenaza hasta la fecha en la que TELCOM repudió el contrato sin que existiese ninguna demanda de Drake.

75. La imposibilidad por nuestra parte de conocer las pretensiones de Drake es aún más patente cuando del informe presentado por Gadés&Pernía se deduce que las reclamaciones hechas por dicha empresa son tendenciosas, y que el único riesgo deriva más de la práctica judicial y las estrategias de mercado de la compañía. Este hecho pone de manifiesto que la obligación de INMAM de investigar las patentes en Cervantia no habría riscontrado algún inconveniente para la comercialización de los televisores Red-Nail.

76. Confiamos en que el Tribunal sea perfectamente consciente de que es imposible para nuestra empresa poder adivinar el futuro y las maquinaciones que pudiera tener pensadas Drake para perjudicar a TELCOM.

ASUNTO 2: EL PRECIO ACORDADO FUE EL DE 3.500 EUROS

77. En el “Asunto 2” de su escrito de Demanda, TELCOM afirma que el precio pactado en el contrato era de 2.500 euros por aparato y acusa a INMAM de cambiar unilateralmente las condiciones contractuales al exigir, posteriormente, 3.500 euros por televisor. TELCOM interpreta que la actitud de INMAM es contraria a la buena fe y la lealtad negocial que deben presidir el comercio internacional y que, en virtud de las reglas de interpretación del art. 8 CISG, era razonable entender que, tanto objetiva como subjetivamente, el precio acordado en el contrato era de 2.500 euros por aparato. Amplía TELCOM su argumentación diciendo que la lista de precios proporcionada por

⁴¹ HONNOLD, “Documentary History of the Uniform Law for International Sales”, Kluwer, 1989

INMAM como medio de determinación del precio en el contrato pecaba de ambigua y, en virtud del principio *contra proferentem*, su interpretación no debe favorecer a quien realizó su redacción.

2.1. INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS DE TELCOM

78. Según un tribunal arbitral⁴², el art. 8 CISG establece normas que corresponden a los principios generalmente aceptados en el comercio internacional y versa sobre la interpretación de cualesquiera declaraciones u otros actos de una parte, siempre que tales declaraciones o actos se relacionen con un aspecto que se rige por la Convención, como señaló expresamente el Tribunal Supremo austriaco⁴³. El art. 8 CISG trata, pues, de regular cómo han de interpretarse las declaraciones y las actuaciones de las partes involucradas en una transacción comercial, pero no sólo para esclarecer las cuestiones que se susciten en la fase formativa del contrato, sino también desarrollando un importante papel en este sentido tras el nacimiento del mismo a la vida jurídica⁴⁴.

79. Por consiguiente, siempre que la declaración o el acto que haya de interpretarse se refiera a un aspecto que se rige por la Convención, han de utilizarse los criterios interpretativos enunciados en el art. 8 con miras a interpretar tales declaraciones o actos, sea que éstos se relacionen con la Parte II (relativa a la formación) o con la Parte III (relativa a los derechos y obligaciones de las partes)⁴⁵. La historia legislativa corrobora este punto de vista⁴⁶.

80. Pues bien, el párrafo 1 del art. 8 CISG permite “una indagación sustancial de la intención subjetiva de las partes, aun cuando las partes no empleen ningún medio susceptible de verificarse objetivamente para registrar esa intención. El párrafo 1 del art. 8 ordena a los tribunales que interpreten las declaraciones y otros actos de una parte conforme a su intención siempre que la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar esa intención. Esta disposición inequívoca de la Convención exige, por consiguiente, que se averigüe la intención subjetiva de una parte siempre que la otra parte en el contrato haya conocido esa intención”⁴⁷.

81. Por otra parte, cuando para la interpretación de una declaración u otro acto de una parte no sea posible invocar el párrafo 1 del art. 8 CISG, habrá que recurrir a un análisis objetivo con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 de dicho artículo⁴⁸. De acuerdo con esa disposición, las declaraciones y actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma

⁴² CCI N° 7331 1994.

⁴³ Oberster Gerichtshof, 24 de abril de 1997.

⁴⁴ PERALES VISCASILLAS, P. “La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías”, pág. 70, Valencia, 1996.

⁴⁵ Comentario al art. 8 en el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

⁴⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo – 11 de abril, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales, 1981, pág. 19, en que se afirma que, en referencia al art. 8, “la interpretación de las declaraciones o actos de una parte pudiera ser necesaria para determinar si se ha celebrado un contrato, el sentido que tiene, o la significación de una notificación u otro acto de una parte en la ejecución de un contrato o respecto de su resolución”.

⁴⁷ Federal Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Estados Unidos, 29 de junio de 1998.

⁴⁸ FARNSWORTH, E., Comentario al art. 8 CISG, en “Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law”, pág. 99, Giuffrè, Milán, 1987.

condición que la otra parte⁴⁹. El significado que un acto o declaración tienen para una persona razonable situada en la misma posición que el destinatario de la declaración, significa que la interpretación ha de realizarse en relación con el particular ámbito del tráfico comercial al que el destinatario pertenece. El concepto de persona razonable ha de enjuiciarse en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias que concurran en una determinada transacción y comparando a esa persona con los operadores medios del ramo de que se trate⁵⁰.

82. Como índices para descubrir la intención de los contratantes (art. 8.1 CISG) o el sentido que le habría dado una persona razonable (art. 8.2 CISG), el párrafo 3º del art. 8 acoge todas las circunstancias relevantes para el caso, especialmente las negociaciones, las prácticas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. Se trata de un listado ejemplificativo que atiende no sólo al momento de la declaración o de la actuación, sino también a los momentos anteriores y posteriores⁵¹.

83. Con base en lo dicho, vamos a proceder a analizar las declaraciones y actos de TELCOM durante las comunicaciones previas a la celebración del contrato, así como de sus declaraciones posteriores a dicha celebración y reflejadas tanto en la “Notificación del Arbitraje” como en su escrito de Demanda. Como se ha dicho, está justificado y así se ha contemplado por la jurisprudencia, que resulta pertinente interpretar lo acordado a la luz de actos o declaraciones incluso posteriores a la celebración del contrato⁵².

84. Es sabido ya que TELCOM se dedica a la distribución de electrodomésticos en Cervantia, representando la venta de televisores su mayor porcentaje de facturación. En este sector de la televisión, los aparatos con Tecnología Analógica Terrestre son un mercado en liquidación debido a la sustitución de esta tecnología por la de la Televisión Digital Terrestre, prevista para junio de 2010. Es conocido también que, en la industria de este sector, existe cierto desasosiego debido a que la nueva TDT podría implicar una homogeneización tal que impidiese a las empresas diferenciarse entre sí, por lo que dicha industria solicitó a las autoridades gubernamentales medidas de fomento que ayudaran a las empresas a desarrollar dispositivos que permitieran extraer de la TDT todas sus posibilidades. Dicha solicitud dio lugar a que las autoridades gubernamentales adoptaran medidas de fomento consistentes en subvencionar la instalación de dispositivos (receptores y televisores) que permitieran, a través de la TDT, mejorar el servicio a los ciudadanos. Es en este contexto o marco circunstancial en el que INMAM entiende y, por ello, solicita al tribunal que así lo haga, deben interpretarse las posteriores relaciones comerciales entre INMAM y TELCOM.

85. Como se ha dicho, es en este contexto en el que INMAM envía una comunicación a TELCOM presentándole unos nuevos televisores con tecnología RedNail, que permite transformar el televisor en un centro multimedia y conectarse con otros usuarios a través de la red, como un ordenador. En este producto, TELCOM ve la oportunidad de comercializar en Cervantia un producto exclusivo que, por sus altas prestaciones, le permitirá diferenciarse del resto de sus competidores, posicionándose en el segmento

⁴⁹ Oberster Gerichtshof, Austria, 20 de marzo de 1997.

⁵⁰ PERALES VISCASILLAS, P. “La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías”, págs. 73 y 74, Valencia, 1996.

⁵¹ PERALES VISCASILLAS, P. “Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme”, pág. 121, Madrid, 2003. En el mismo sentido, SCHLECHTRIEM, P., “Uniform Sales Law. The UN Convention on contracts for the international sale of goods”, pág. 39, Viena, 1986.

⁵² Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 19 de diciembre de 1995; Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994.

alto (*ver para. 13, in fine, de la “Notificación del Arbitraje”*). Las funcionalidades de los nuevos televisores cumplen con las premisas que requiere la normativa gubernamental para el otorgamiento de las subvenciones, lo que facilitará su venta y posicionará a su distribuidor como líder en innovación.

86. Es por ello, por lo que TELCOM contesta a INMAM solicitando más información sobre el aparato, expresando que su interés se centra en conocer las dimensiones del aparato y los plazos de entrega (*ver Doc. Demda. N° 2*). A la solicitud de información de TELCOM, INMAM responde remitiéndole un folleto con las características técnicas del aparato, un listado de precios con las últimas modificaciones y las condiciones generales de venta. En el mismo comunicado le informa de la capacidad de producción del aparato y que éste sólo va a fabricarse con las dimensiones de 40 pulgadas, por coincidir con la opinión de TELCOM de que los aparatos más manejables tienen mejor aceptación entre el público (*ver Doc. Demda. N° 3*).

87. En resumen, las circunstancias en las que se desarrollaron las negociaciones y que deben tenerse en cuenta para interpretar los actos de las partes son: a) la industria del sector de los electrodomésticos prevé el estancamiento del sector de la televisión TDT si no existen productos diferenciadores; b) en atención a esa preocupación, las autoridades gubernamentales van a otorgar subvenciones para la adquisición de productos que supongan una mejora, a partir de la TDT, de los servicios a los consumidores; c) INMAM dispone de ese producto y TELCOM está interesado en comercializarlo, con el objetivo de diferenciarse del resto de empresas que operan en el sector de la TDT. Pues bien, con esto presente, vamos a argumentar porqué era razonable entender, tanto subjetiva (art. 8.1 CISG) como objetivamente (art. 8.2 CISG) que el precio por aparato, pactado en el contrato, era de 3.500 euros y no de 2.500 euros como pretende TELCOM.

2.2. ERA RAZONABLE ENTENDER QUE EL PRECIO POR UNIDAD ERA DE 3.500 EUROS.

88. En el listado de precios que INMAM remitió a TELCOM el 16 de febrero de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 3*), puede apreciarse que uno de sus apartados se refiere a “Aparatos de televisión” (no olvidemos que INMAM fabrica también otros electrodomésticos). Dentro de ese apartado, existe un subapartado que se refiere únicamente a los televisores con tecnología TDT. La estructura de este subapartado, establece una clasificación de los aparatos por tamaño y, como categoría aparte, la de “Gran Lujo”. Cada tamaño de televisor lleva aparejado su precio, que se incrementa en función de las dimensiones del mismo; excepto la categoría “Gran Lujo”, cuyo precio es único (3.500 euros) al no existir diferentes tamaños dentro de esa categoría. El precio de esta categoría, tal como indica el listado de precios, fue actualizado el 15 de febrero de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 3*).

89. Pues bien, ¿cuál fue el precio pactado desde un punto de vista subjetivo (art. 8.1 CISG), esto es, a la luz de la intención de las partes revelada por sus actos y declaraciones durante la fase de formación del contrato? De las declaraciones de INMAM es claro que el nuevo televisor iba a fabricarse en un solo tamaño, el de 40 pulgadas. TELCOM era conocedor de ese hecho. No podía ignorarlo. Él mismo había manifestado su interés fundamental a este respecto. De las declaraciones de ambas partes es claro, también, que el nuevo televisor era un producto diferenciado del resto de aparatos con tecnología TDT; de hecho, eso fue lo que llamó la atención de TELCOM,

que declaró que su comercialización le ayudaría enormemente a posicionarse como líder en innovación. Es más, sólo los productos que aportaran mejoras en los servicios TDT, esto es, que supusieran un plus sobre los aparatos TDT estándar, serían objeto de las subvenciones gubernamentales y TELCOM, desde el principio, declaró que pretendía solicitarlas para la comercialización de estos aparatos.

90. Por tanto, conocido por TELCOM que el nuevo aparato iba a fabricarse en un solo tamaño y, conocedor también, de las prestaciones innovadoras que integraba, TELCOM no podía interpretar, que el precio de ese aparato iba a estar integrado en un listado de precios junto a aparatos de otros tamaños que, evidentemente, no disponían de dichas prestaciones, sino que se mostraría como categoría aparte. Otro argumento que, a nuestro juicio, resulta definitivo es que TELCOM conocía que el nuevo televisor era de reciente lanzamiento (*ver Doc. Demda. N° 1*), por tanto, su inclusión en el listado de precios debía ser también reciente. La única categoría que presentaba una actualización en su precio en el listado remitido por INMAM era la de “Gran Lujo”. Los precios del resto de aparatos no habían sido actualizados y, por tanto, eran anteriores a la fecha de actualización del listado, 15 de febrero de 2008, esto es, un día antes de que INMAM remitiera el listado de precios a TELCOM. Por tanto, el precio que debe entenderse pactado en el contrato, interpretando la intención de las partes a la luz de sus actos y declaraciones, es el de 3.500 euros correspondiente a esa categoría aparte, la de “Gran Lujo”, que sirve para diferenciar entre aparatos TDT de altas prestaciones y aparatos estándar; categoría que no hace distinción en los tamaños de los televisores porque se fabrica en uno solo de ellos (40 pulgadas); y que presenta una actualización en su precio prácticamente coincidente con la fecha de lanzamiento del nuevo aparato.

91. Por otra parte, INMAM, en su escrito de presentación del producto de 10 de febrero de 2008, dejó claro que la novedad y las altas prestaciones del aparato, permitirían un posicionamiento ventajoso del mismo entre los consumidores de gama alta (*ver Doc. Demda. N° 1*). TELCOM entendió que ese era el nicho de mercado al que iba dirigido el nuevo aparato pues manifestó que su comercialización le ayudaría a posicionarse como líder en innovación de cara al segmento alto (*ver Doc. Demda. N° 2*). Entendimiento que confirmó cuando en su “Notificación del Arbitraje”, tras describir el producto, afirma literalmente que “la propuesta (de INMAM) resultaba muy atractiva para posicionarse en el segmento alto” (*ver para. 13, in fine, de la “Notificación del Arbitraje”*).

92. Pues bien, ¿cuál fue el precio pactado desde un punto de vista objetivo (art. 8.2 CISG), esto es, el que habría entendido una persona razonable u operador medio del ramo, en base a los actos y declaraciones de las partes durante la fase de formación del contrato? A su “Respuesta a la Notificación del Arbitraje”, INMAM adjuntó un informe pericial expedido por un perito colegiado de Andina en el que se dice que, en el sector de los televisores el interés de los consumidores de renta alta se centra en aparatos que presenten innovaciones tecnológicas por encima del resto de aparatos del mercado. Por ello, sigue diciendo, la expresión “alta gama” debe entenderse como equivalente a una referencia a productos de alta calidad técnica y, por tanto, de superior precio a los productos estándar de la misma marca (*ver Doc. Demdo. N° 1*).

93. Ya se ha argumentado suficientemente que los televisores estándar del listado de precios de INMAM estaban claramente diferenciados del televisor de altas prestaciones y tamaño único. Por tanto, una persona razonable hubiera entendido que, en todo momento, las partes estaban haciendo referencia a ese aparato de precio superior, esto es, al televisor “Gran Lujo” cuyo precio es de 3.500 euros. Es más, tras el repudio del

contrato por parte de TELCOM, INMAM suscribió un acuerdo con Drake Industries por el que ésta aceptaba los aparatos inicialmente destinados a TELCOM, a un precio de 3.400 euros por unidad (*ver Doc. Demda. N° 15*). Es sabido que Drake es competidor de TELCOM en Cervantia. Por ello, debe entenderse que es una empresa conocedora del mercado de televisores y electrodomésticos en dicho Estado. Resulta revelador para el caso que una empresa perteneciente al ramo esté dispuesta a acordar, por los mismos aparatos, un precio que tiene como base los 3.500 euros reflejados en el listado de precios de INMAM para el televisor “Gran Lujo”. Otro argumento que, a nuestro juicio, resulta definitivo es que TELCOM, en su escrito de Demanda llega a admitir que “el contrato con TELCOM le resultaba a la demandada (INMAM) sumamente oneroso porque se equivocaron al ofrecer el precio, pactando 2.500 euros” (*ver para. 97 de la “Memoranda de la Demandante”*), lo cual viene a ser un reconocimiento implícito de que el precio de los televisores era el de la categoría de “Gran Lujo”, esto es, 3.500 euros, pero que se pactaron 2.500 por error.

94. Por tanto, cualquier persona razonable debe interpretar que, de las declaraciones y actos de las partes, se desprende que el precio de los televisores objeto del contrato es de 3.500 euros correspondiente a la categoría de “Gran Lujo”; porque pericialmente se entiende que los aparatos de altas prestaciones, a los que las partes se refirieron en todo momento, tienen un precio superior al resto; porque otra empresa del sector está dispuesta a pagar, por los mismos aparatos, un precio que tiene los 3.500 euros como base; y porque el mismo Demandante entiende que la fijación de un precio inferior pudo deberse a un error.

ASUNTO 3: INMAM RESOLVIÓ VÁLIDAMENTE Y, POR TANTO, NO INCUMPLIÓ SUS OBLIGACIONES

95. En el “Asunto 3” de su escrito de Demanda, TELCOM afirma que no se daban las condiciones que exige el art. 72 CISG para que INMAM declarara resuelto unilateralmente el contrato. Además, alega que no se produjo la comunicación de dicha resolución que exige el art. 26 CISG para que ésta sea válida. Amplía TELCOM su argumentación diciendo que, dado que el contrato no se resolvió válidamente, INMAM incurrió en incumplimiento del mismo al vender las mercaderías a Drake Industries.

96. Sin embargo, fue TELCOM la que repudió el contrato al declarar que no iba a cumplir sus obligaciones contractuales. Una declaración de tal calibre faculta a la otra parte, en nuestro caso INMAM, a declarar el contrato resuelto en base al repudio de TELCOM. Si bien es cierto que no existió declaración de resolución del contrato por parte de INMAM, en ciertas circunstancias dicha declaración puede ser innecesaria por ineficaz. Además, la reventa de los aparatos a un tercero no suponía un incumplimiento contractual de INMAM, pues el repudio de TELCOM y la consecuente resolución del contrato de INMAM, liberaba a las partes de sus obligaciones. La pronta venta de las mercaderías respondía a la obligación de INMAM de reducir en lo posible las pérdidas de las que TELCOM era responsable por su repudio del contrato. Y todo lo dicho, tiene por base los siguientes argumentos.

3.1. LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN FUE VÁLIDA AL EXISTIR UN REPUDIO DEL CONTRATO POR PARTE DE TELCOM.

97. Según el art. 72 CISG, la parte agraviada en una relación contractual podrá declarar resuelto el contrato antes de que expire el plazo de que se dispone para el cumplimiento de lo pactado, si concurren las condiciones previstas en dicho artículo. El art. 72 CISG es aplicable únicamente cuando todavía no ha llegado la fecha de cumplimiento. Cuando el incumplimiento ocurre tras la fecha fijada para el mismo, el derecho a declarar el contrato resuelto se sustenta en los arts. 49 ó 64, en función de si la parte legitimada es compradora o vendedora⁵³. Los requisitos que exige el art. 72 CISG para que pueda declararse la resolución anticipada del contrato son: a) que antes de la fecha de cumplimiento, b) sea claro, c) que una parte no cumplirá sus obligaciones o incurrirá en un incumplimiento esencial del contrato.

98. Respecto al primer requisito, el propósito del artículo que nos ocupa es proteger a una parte de incumplimientos futuros del contrato por su contraparte. Como ya se ha dicho, el incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes ocurrido tras la fecha fijada para el mismo, faculta a la otra parte para resolverlo pero no en virtud del art. 72 sino de los arts. 49 ó 64 CISG⁵⁴.

99. En cuanto al segundo requisito, debe ser claro para la parte que pretende resolver que la otra parte no cumplirá sus obligaciones o incurrirá en un incumplimiento esencial del contrato. Aunque no existe una línea estándar que determine el grado de certeza necesario para anticipar un incumplimiento, debería haber un alto grado de probabilidades de que dicho incumplimiento ocurrirá; aunque no es necesaria una certeza absoluta⁵⁵. A este respecto, se ha dicho que el factor decisivo para determinar el grado de certeza necesario es que una persona razonable esté convencida de que el incumplimiento contractual ocurrirá⁵⁶; esto es, que un incumplimiento anticipado puede ser deducido en base a una interpretación objetiva de los actos y declaraciones de la parte supuestamente incumplidora⁵⁷. No obstante, debe actuarse con cautela pues la parte que incumpla sus obligaciones en virtud de haber declarado ella misma la resolución del contrato de forma injustificada, puede incurrir a su vez en un incumplimiento, incluso esencial, del contrato⁵⁸. Estas dificultades para determinar si es suficientemente claro que una parte no cumplirá o incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, no existen si dicha parte ha declarado que no cumplirá con sus obligaciones⁵⁹. Los casos en los que una parte declara que no cumplirá sus obligaciones,

⁵³ BGH, VIII ZR 18/94, 15 de febrero de 1995.

⁵⁴ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 4.2, mayo 2005.

⁵⁵ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 4.4, mayo 2005.

⁵⁶ SCHLECHTRIEM, P. "Uniform Sales Law. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", pág. 96, Viena, 1986.

⁵⁷ Comentario al art. 7.3.3 UNIDROIT en "Official Comments on Articles of the UNIDROIT Principles, 2004", pág. 225.

⁵⁸ HONNOLD, J. "Uniform Law for International Sales", pág 438, La Haya, 1999.

⁵⁹ Comentario al art. 7.3.3 UNIDROIT en "Official Comments on Articles of the UNIDROIT Principles, 2004", pág. 225.

suponen un repudio del contrato y esta declaración, por sí misma, hace que sea suficientemente claro que ocurrirá un incumplimiento contractual⁶⁰.

100. Respecto al tercer requisito, un ejemplo típico de un incumplimiento fundamental del contrato es el caso en el que una de las partes declara que no cumplirá sus obligaciones. En el contexto del art. 72.3 CISG, es posible concluir que en aquellos casos en los que es claro que una parte no cumplirá sus obligaciones, puede preverse que se cometerá el incumplimiento esencial que requiere el art. 72.1 CISG para su aplicación.

101. En el caso que nos ocupa, TELCOM comunicó a INMAM, en fecha 16 de mayo de 2008 (*ver Doc. Demda. N° 13*), que no iba a pagar el precio acordado en el contrato, sino únicamente 2.500 euros por aparato y que, en caso contrario, no aceptaría el pedido. El art. 53 CISG establece que las obligaciones del comprador son pagar el precio y recibir las mercaderías en la forma establecida en el contrato. Esta declaración de TELCOM se ajusta perfectamente a lo requerido para entender que no iba a cumplir con sus obligaciones contractuales en la fecha pactada para ello⁶¹ (15 de septiembre de 2008). Y ello porque los frecuentes casos en los cuales una parte demanda nuevos términos al contrato o se alegan violaciones contractuales de la otra parte que son usados como pretexto para no cumplir las propias obligaciones, proveen, en la mayoría de los casos, una base para la resolución inmediata del contrato. Lo dicho puede aplicarse a las situaciones en las que una parte solicita nuevas condiciones a la otra parte junto a una declaración incondicional de que no cumplirá sus obligaciones⁶². Además, una comunicación como la de TELCOM, en la que una parte declara que no va a cumplir sus obligaciones constituye un repudio del contrato. Un Tribunal entendió que condicionar el cumplimiento de las propias obligaciones a nuevas demandas más allá de las acordadas, constituye un repudio anticipado del contrato⁶³.

102. En conclusión, la declaración de TELCOM de que no iba a cumplir con sus obligaciones contractuales, supone un repudio de la relación contractual y, por ello, INMAM está legitimada para resolver anticipadamente el contrato en virtud del art. 72 CISG.

3.2. NO ERA NECESARIO QUE INMAM NOTIFICARA QUE RESOLVÍA EL CONTRATO.

103. En el punto anterior decíamos que un factor decisivo para determinar el grado de certeza necesario para poder declarar resuelto anticipadamente el contrato es que una persona razonable esté convencida de que el incumplimiento contractual ocurrirá; esto es, que un incumplimiento anticipado puede ser deducido en base a una interpretación objetiva de los actos y declaraciones de la parte supuestamente incumplidora. Añadíamos que, en ese caso, debe actuarse con cautela pues la parte que incumpla sus obligaciones en virtud de haber declarado ella misma la resolución del contrato de forma injustificada, puede incurrir a su vez en un incumplimiento, incluso esencial, del contrato.

⁶⁰ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 4.4, mayo 2005.

⁶¹ Federal District Court [Illinois] (*Magellan International v. Salzgitter Handel*) 7 de Diciembre de 1999

⁶² HONNOLD, J. "Uniform Law for International Sales", pág 438, La Haya, 1999.

⁶³ Hamburg Arbitration award, 29 de diciembre de 1998, Alemania.

104. Es por esta necesidad de cautela por la que el art. 72.2 CISG establece que debe comunicarse a la otra parte la intención de dar por resuelto el contrato. Anunciar la intención de declarar resuelto el contrato tiene interés para la parte que lo pretende, porque basar la declaración en actos de la otra parte, aún entendiéndose como claros de la intención de no cumplir, tiene el riesgo de que deban asumirse responsabilidades por una inválida declaración de resolución⁶⁴. Si llegada la fecha de cumplimiento de las obligaciones, el incumplimiento previsto de la otra parte no se produce, la parte que consideró resuelto anticipadamente el contrato puede incurrir en un incumplimiento propio⁶⁵. Es por ello por lo que, si no resulta suficientemente claro que la otra parte incumplirá, es conveniente comunicarle a la contraparte la intención de resolver el contrato, para que aquélla pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones⁶⁶.

105. TELCOM declara en su Demanda que INMAM se precipitó al resolver el contrato, pues de entender que había riesgo de incumplimiento, debería haberle solicitado seguridades suficientes para continuar con el contrato (*ver para. 91 de la "Memoranda de la Demandante"*). Añade que no es procedente la excusa de que no había tiempo para efectuar dicha solicitud, pues los medios modernos de comunicación permiten efectuar ésta de manera casi inmediata (*ver para. 89 de la "Memoranda de la Demandante"*).

106. Sin embargo, el art. 72.2 CISG reconoce la posibilidad de que el contrato pueda ser resuelto sin dar noticia a la contraparte, porque el previo anuncio de la intención de resolver se hará "si hubiere tiempo para ello"; y el apartado 3 del mismo artículo exime de efectuar dicha comunicación si la otra parte ha declarado que no cumplirá sus obligaciones⁶⁷. Por tanto, la comunicación de la declaración de resolución del contrato no es obligatoria cuando no hubiere tiempo suficiente para que la otra parte dé seguridades de su ejecución; y es innecesaria cuando la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones. Esta última declaración tiene que ser definitiva; es decir, debe quedar manifiesto que dicha parte repudia totalmente el contrato y que no cambiará de opinión ni lo cumplirá a tiempo. Dicha declaración puede consistir en la subordinación o vinculación de dicho cumplimiento a contraprestaciones injustificadas, como mejoras o compensaciones posteriores a las que no tiene derecho⁶⁸. Este es el caso de TELCOM en el tema del precio de los aparatos.

107. Del art. 72.3 CISG se desprende que si una parte declara que no cumplirá sus obligaciones, el anuncio de la resolución no es preciso; pues tal repudio constituye, por sí mismo, una perspectiva suficientemente clara de que se producirá un incumplimiento esencial del contrato⁶⁹. Un Laudo arbitral declara que respecto al incumplimiento

⁶⁴ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 5.1.b, mayo 2005.

⁶⁵ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 2.1, mayo 2005.

⁶⁶ DIEZ-PICAZO, L. "La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena", pág. 572, Madrid, 1998.

⁶⁷ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 5.1.b, mayo 2005.

⁶⁸ DIEZ-PICAZO, L. "La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena", pág. 572, Madrid, 1998.

⁶⁹ LOOKOFSKY, J. "The 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Suplemento 29 International Encyclopaedia of Laws-Contracts, pág. 150, diciembre de 2000. Ver también CIETAC Arbitration Award [CISG/1996/07] (*Antimony ingot case*) 5 de Febrero de 1996.

anticipado, la CISG proporciona a la parte perjudicada el derecho a suspender (en los casos del art. 71 CISG) o terminar (resolver, en la terminología del art. 72 CISG) el contrato; asimismo, sigue diciendo el Laudo, la parte que pretende suspender o terminar su relación contractual debe dar inmediata o razonable notificación, respectivamente, de la suspensión o terminación. Añade que la única situación en la que la parte está dispensada es en el caso en el que la otra parte ha declarado que no cumplirá sus obligaciones⁷⁰.

108. Y ello, porque la necesidad de la notificación de la resolución del contrato se apoya en el criterio adoptado en determinados Derechos internos, y en evitar que una parte pueda cumplir el contrato desconociendo la decisión de la otra parte de resolverlo y, consecuentemente, de rechazar su cumplimiento⁷¹. Sin embargo, esa situación, esto es, que una parte cumpla porque desconoce que la otra ha resuelto no se dará cuando aquélla ha declarado que no va a cumplir. Un Tribunal consideró que era innecesaria la comunicación de la resolución si, tras un *nachfrist*, la parte incumplidora seguía negándose a cumplir. Entendió el Tribunal que insistir en una comunicación expresa de la resolución era contrario a la buena fe del art. 7.1 CISG. Además indicó que puede prescindirse de dicha declaración siempre que resulte seguro que la parte no cumplirá sus obligaciones⁷². Otro Tribunal entendió que la llamada telefónica de una parte indicando que sólo podía entregar una parte del pedido, facultó a la otra parte para comprar mercancía de reemplazo sin declaración previa de resolución del contrato, ya que mediante dicha llamada, el vendedor se negó definitivamente al cumplimiento⁷³. Piénsese también en los casos en los que la notificación sería totalmente inefectiva⁷⁴, como en los que la contraparte se declara en quiebra o en los que vende los medios productivos necesarios para fabricar las mercaderías.

3.3. INMAM NO REPUDIÓ EL CONTRATO NI INCURRIÓ EN INCUMPLIMIENTO DEL MISMO.

109. Más arriba decíamos que un incumplimiento anticipado puede ser deducido en base a una interpretación objetiva de los actos y declaraciones de la parte supuestamente incumplidora. Añadíamos que, en ese caso, debe actuarse con cautela pues la parte que incumpla sus obligaciones en virtud de haber declarado ella misma la resolución del contrato de forma injustificada, puede incurrir a su vez en un incumplimiento, incluso esencial, del contrato. Estas dificultades para determinar si es suficientemente claro que una parte no cumplirá o incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, no existen si dicha parte ha declarado que no cumplirá con sus obligaciones. Los casos en los que una parte declara que no cumplirá sus obligaciones, suponen un repudio del contrato y esta declaración, por sí misma, hace que sea suficientemente claro que ocurrirá un incumplimiento contractual. Esa injustificada declaración de resolución constituiría un

⁷⁰ ICC 8574 1996.

⁷¹ DIEZ-PICAZO, L. "La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena", pág. 223, Madrid, 1998.

⁷² OLG Dusseldorf, 24 de abril de 1997.

⁷³ OLG Bamberg, 13 de enero de 1999.

⁷⁴ EISELEN, S. "Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement arts. 71 and 72 of the CISG", septiembre de 2002.

repudio que daría a la parte inocente el derecho a resolver el contrato en virtud del art. 72.1 CISG⁷⁵.

110. En el caso que nos ocupa, ya ha quedado suficientemente demostrado en los puntos anteriores de este Asunto 3, que fue TELCOM la que declaró firmemente que no iba a cumplir con sus obligaciones contractuales (*ver Doc. Demda. N° 13*). Dicha declaración supone un repudio del contrato por parte de TELCOM y, por sí misma, hace que sea suficientemente claro que TELCOM incurrirá en un incumplimiento contractual⁷⁶. Por tanto, entendemos que resultan del todo improcedentes las alegaciones de TELCOM en su Demanda cuando afirma que fue INMAM quien repudió el contrato (*ver para. 94 de la "Memoranda de la Demandante"*).

111. Por otra parte, cuando la resolución declarada por una de las partes está claramente justificada porque responde a una injusta repudiación de la otra parte, dicha resolución hace posible que la parte que resuelve pueda revender las mercaderías destinadas al contrato inicial⁷⁷. Ello es así porque el art. 81 CISG dispone que la resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, excepto, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios.

112. Es más, en virtud del art. 75 CISG, una pronta reventa de las mercaderías, incluso previa a la fecha de cumplimiento del contrato repudiado, reducirá los daños por los que la parte que repudia es responsable⁷⁸. De hecho, aunque la parte agraviada tiene derecho a solicitar compensación por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (art. 74 CISG)⁷⁹, también es obligación suya tomar las medidas oportunas para mitigar las pérdidas que resultan del incumplimiento, según el art. 77 CISG. No puede esperar pasivamente a que se produzcan las pérdidas y después pretender su indemnización⁸⁰. Una medida típica del vendedor para mitigar esas pérdidas es revender los bienes⁸¹.

113. Es por lo dicho, por lo que INMAM vendió a Drake los aparatos. El repudio de TELCOM obligaría a INMAM a tener almacenados los aparatos más tiempo del que, en principio, resultaba previsible si no se revendían las mercaderías. Por ello, el acuerdo con Drake solucionaba los problemas de almacenaje. Pero no sólo eso. Es preciso recordar que el pedido de TELCOM (*ver Doc. Demda. N° 4*) superaba con creces la capacidad de producción de INMAM (*ver Doc. Demda. N° 3*). El rechazo de TELCOM implicaba que INMAM había estado utilizando durante meses toda su capacidad productiva en fabricar unos aparatos que finalmente no iban a ser vendidos. No hace falta decir que la cantidad reclamable a TELCOM por los daños y perjuicios ocasionados con su repudio iba a ser considerable. INMAM vendió los aparatos para reducir a un mínimo la indemnización. Las extensas y cordiales relaciones comerciales entre TELCOM e INMAM hacían exigible lo anterior.

⁷⁵ HONNOLD, J. "Uniform Law for International Sales", pág 438, La Haya, 1999.

⁷⁶ LIU, C. "Suspension or avoidance due to anticipatory breach: perspectives from arts. 71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", para. 4.4, mayo 2005.

⁷⁷ HONNOLD, J. "Uniform Law for International Sales", pág 439, La Haya, 1999.

⁷⁸ KNAPP, V., Comentario al art. 75 CISG, en "Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law", pág. 550, Giuffrè, Milán, 1987.

⁷⁹ LOOKOFSKY, J., "Coments on Zapata Hermanos v. Hearthside Baking", en 6 Vindobona Journal of International Commercial Arbitration, pág. 27, 2002.

⁸⁰ Supreme Court of Queensland, Court of Appeal (*Downs Investments v. Perwaja Steel*) 12 de octubre de 2001.

⁸¹ KNAPP, V., Comentario al art. 77 CISG, en "Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law", pág. 560, Giuffrè, Milán, 1987.

114. Por tanto, no existió incumplimiento contractual por parte de INMAM al revender los aparatos a Drake, sino que fue TELCOM quien repudió el contrato legitimando a INMAM para dicha reventa que, además, era beneficiosa para TELCOM al hacer posible que los daños y perjuicios de los que es responsable por su repudio, se reduzcan considerablemente.

CONCLUSION DE LA PARTE SUSTANTIVA

115. A la vista de los hechos expuestos queda más que sentado que todas las pretensiones y actuaciones de TELCOM relativas a este punto son contrarias a la buena fe, un principio que, por encima de cualquier otra práctica o acuerdo, debe regir las relaciones comerciales. No solo son infundadas las pretensiones de Drake, sino que fueron claramente fruto de una estrategia comercial, que lejos de tener que discutir en este foro, para perjudicar a la Demandante, la cual, consciente perfectamente de ello, utilizó como baza para conseguir un acuerdo más favorable para sí.

116. Existe una situación de hecho probada y reconocida por la Demandante y es que las pretensiones se conocieron posteriormente a la perfección del contrato y que era imposible para nosotros conocer dichas pretensiones, por lo que se excluye nuestra responsabilidad según el art.42 CISG. Es evidente y extremadamente lógico que naciendo estas pretensiones de una situación comercial tensa entre la Demandante y Drake Industries más que de una efectiva infracción de los derechos de ésta última, era TELCOM quien no podía desconocer las situaciones que podrían llegar a generarse a partir de este estado de los hechos, por lo que la carga de la responsabilidad recae de forma inequívoca sobre ellos según el art.42.2.a CISG. La exposición de los hechos y el análisis realizado de los mismos, a la luz de la CISG, nos aclaran como el art.42.2.a del Convenio excluyen nuestra responsabilidad.

117. Es por otra parte evidente que el precio pactado entre TELCOM y INMAM era de 3.500€ por aparato. TELCOM y INMAM pactaron un televisor claramente diferenciado en el listado de precios de los televisores TDT estándar por sus características especiales y por su tamaño único de 40 pulgadas. Y es a través de la interpretación hecha a la luz de los arts. 8.1 y 8.2. CISG que se llega a este resultado tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo.

118. La misiva de TELCOM con fecha 16 de mayo de 2008 expresa claramente la intención de ésta de repudiar el contrato, esto es, que no iba a pagar el precio ni aceptar las mercaderías. En consecuencia INMAM está legitimada para resolver anticipadamente el contrato según el Art. 72 CISG. Además, dicho artículo establece que la comunicación a la otra parte es debida a menos que esta exprese claramente, como es el caso, que no va a cumplir con sus obligaciones.

119. La reventa de los aparatos a Drake Industries nunca puede ser un incumplimiento contractual ya que se ha resuelto antes. Además, según el Art. 75 CISG la reventa de las mercaderías reducirá los daños por los que la parte que repudia es responsable. En nuestro caso el repudio por parte de TELCOM causaría entre otras cosas costes adicionales de almacenaje para INMAM y la reventa a Drake resolvía este problema. Es más, según el Art. 77 es obligación de INMAM tomar medidas para reducir las pérdidas causadas por el repudio. Eso es lo que hace la reventa de los bienes a Drake Industries, lo que también resulta beneficioso para TELCOM en cuanto a los daños y perjuicios como consecuencia de su repudio.

PETICIÓN AL TRIBUNAL

Por todo lo expuesto, rogamos al Tribunal:

- Que declare la falta de jurisdicción del Tribunal sobre el conflicto.
- Que, de forma subsidiaria, suspenda el arbitraje en tanto no se haya completado la conciliación.
- Que revoque las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Frestonia el 7 de agosto de 2008.
- Que declare que las partes suscribieron un contrato de compraventa de 450.000 unidades de aparatos de televisión por valor de 3.500 euros cada uno (precio del listado) o, en su defecto, de 4.000 (precio de mercado).
- Que declare que no existió un incumplimiento contractual por parte de INMAM, y que en fecha de 10 de abril de 2008, TELCOM repudió el contrato, permitiendo la resolución por parte de INMAM.
- Que condene a TELCOM al pago de todos los daños y perjuicios, así como las costas de este procedimiento, incluyendo la satisfacción de los correspondientes intereses.



II COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL (MOOT)

Universidad Carlos III de Madrid, España

8 enero - 2 julio de 2010

Audiencias

28 junio - 2 julio

Organizado por:

Universidad Carlos III de Madrid

Universia

CNUDMI/UNCITRAL

ÍNDICE:

1.	Solicitud de arbitraje	4
2.	Documento de la solicitud nº 1: Nombramiento del representante.....	12
3.	Documento de la solicitud nº 2: Asunto: Financiación adquisición maquinaria industrial.....	13
4.	Documento de la solicitud nº 3: Asunto: Re: Financiación adquisición maquinaria industrial.....	14
5.	Documento de la solicitud nº 4: Asunto: Pedido Máquina Modelo A464-07.....	15
6.	Documento de la solicitud nº 5: Asunto: Re: Pedido Máquina Modelo A464-07.....	16
7.	Documento de la solicitud nº 6: Clausulado básico de Hespe Leasing/ Carta de confirmación de un contrato para el arrendamiento de maquinaria industrial...17	
8.	Documento de la solicitud nº 7: Condiciones Generales del Grupo Hesperia General.....	18
9.	Documento de la solicitud nº 8: Contrato de suministro.....	20
10.	Documento de la solicitud nº 9: Asunto: Problema con la máquina. Solución urgente.....	21
11.	Documento de la solicitud nº 10: Asunto: FW: Problema con la máquina. Solución urgente.....	22
12.	Documento de la solicitud nº 11: Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente.....	23
13.	Documento de la solicitud nº 12: Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente.....	24
14.	Documento de la solicitud nº 13 Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente.....	25
15.	Documento de la solicitud nº 14: Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente.....	27
16.	Documento de la solicitud nº 15: Asunto: URGENTE. Interrupción pagos. Solución inmediata. Máquina defectuosa.....	28
17.	Documento de la solicitud nº 16: Asunto: Re: URGENTE. Interrupción pagos. Solución inmediata. Máquina defectuosa.....	29
18.	Documento de la solicitud nº 17: Declaración de independencia e imparcialidad del árbitro.....	30
19.	Documento de la solicitud nº 18 Constancia de pago de los derechos de admisión y administración de la Corte de las provisiones de fondos de honorarios de los árbitros.....	31
20.	Carta a enviar por Courier (de la Corte de Arbitraje de Madrid)	32
21.	Respuesta a la solicitud de arbitraje (Hespe Leasing)	33

22.	Respuesta a la solicitud de arbitraje (INMAC)	38
23.	Documento de respuesta a la solicitud nº 1: Nombramiento del representante...	40
24.	Documento de respuesta a la solicitud nº 2: Circular no. 323/1999 del Ministerio de Industria. Pautas descriptivas sobre metales y aleaciones.....	41
25.	Documento de respuesta a la solicitud nº 3: Testimonio de D ^a Petra Cotes.....	42
26.	Documento de respuesta a la solicitud nº 4: Informe realizado por el equipo técnico de CHAPUSA.....	43
27.	Documento de respuesta a la solicitud nº 5: Declaración de independencia e imparcialidad del árbitro.....	44
28.	Carta a las partes a enviar por correo electrónico	45
29.	Orden procesal nº 1	46

Corte de Arbitraje de Madrid: Solicitud de Arbitraje
COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES vs HESPERIA LEASING ./ INDUSTRIAS
MACAPAGAL

D. Facundo Rocental, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES S.A. formula, de conformidad con el artículo 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDANTE Y SU REPRESENTANTE

1. La Compañía Industrial Melquíades SA, con el nombre comercial INMEL (en adelante, INMEL) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Avda. Aureliano Buendía, no. 112, Ciudad de Incaica, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (22) 327 79 85, (22) 327 79 86 e info@inmel.tar.
2. En el presente procedimiento, INMEL se encontrará representada por Facundo Rocental, abogado, calle Benzina, 6, Ciudad de Incaica, Andina, tel. (22) 327 32 45, fax (22) 327 32 46, correo electrónico rocental@rabogados.and. Se acredita la representación mediante el **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 1**.
3. INMEL se dedica a la fabricación de piezas y componentes industriales para la industria automotriz y maquinaria industrial.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS DEMANDADAS

4. Son demandadas en el presente arbitraje Hesperia Leasing Co, e Industrias Macapagal SL.
5. Hesperia Leasing Co, con el nombre comercial Hespe Leasing (en adelante, Hespe Leasing) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Ginés de Pasamonte, no. 47, Barataria, Cervantia y es parte del grupo multinacional Hesperia General. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (32) 445 443 557, (32) 445 443 558 e info@hespeleasing.cer.
6. Hespe Leasing es una sociedad de leasing autorizada por las correspondientes leyes de Cervantia. Se especializa en leasing de maquinaria industrial y bienes de

equipo. El grupo Hesperia General es un conglomerado con una actividad muy diversificada, incluyendo también entre otros, la fabricación de componentes industriales o de la industria aeronáutica.

7. Industrias Macapagal SL, con el nombre comercial INMAC (en adelante INMAC) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Ferosa, con domicilio social en carretera de Tagal, km. 20, Luzonia, Ferosa. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (347) 667 45 45, (347) 667 45 46 e info@inmac.fer.
8. INMAC es una multinacional que suministra maquinaria industrial a más de 40 países.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSA

9. INMEL se dedica a la fabricación de piezas y componentes para maquinaria industrial y automóviles. En materia de piezas para automóviles, surte de componentes a Incaica Motor SA, y Ferosa Automóvil SA; ambas multinacionales pertenecientes al grupo SAC Motor. INMEL mantiene relaciones estrechas con sus clientes, firmando grandes acuerdos marco, para el suministro de piezas de múltiples tipos, y fabricadas con diversos materiales. Al tratarse de relaciones basadas en la confianza, los pedidos de piezas de un tipo se encuentran estrechamente vinculados a los de piezas de otro tipo, e insertos en relaciones marco a largo plazo.
10. Las materias primas utilizadas para la fabricación de piezas varían desde el PVC al acero, pasando por el aluminio. Dentro de las variedades de acero utilizadas se encuentran el acero de alta resistencia y baja aleación (HSLA) cuya característica principal es su bajo peso; así como el acero de alta aleación, con una mayor cantidad de aleantes. Los altos niveles de aleación se utilizan para dotar al acero de características especiales. Por ejemplo, el uso del cromo como aleante incrementa la resistencia del acero a la corrosión, resultando en las diversas variedades de aceros inoxidables. Asimismo, otros componentes, como el níquel, manganeso o silicio, le otorgan mayores niveles de dureza y resistencia. Las variedades de acero generalmente utilizadas son los austeníticos, ferríticos, martensíticos y de endurecimiento por precipitación. La dureza del acero depende del método y aleación utilizados (las dos últimas variedades referidas son las más duras). La misma suele medirse con el método Brinnell, y oscila entre 130-170 (piezas de ornamentación) y 500-550 (pernos, pasadores y pistones con alta resistencia a la corrosión).
11. INMEL debía renovar su maquinaria para surtir de piezas a los fabricantes de automóviles. Para el procesamiento de las piezas INMEL ha utilizado tradicionalmente maquinaria de la empresa Daka Makinak, mediante financiación por leasing. Sin embargo, la citada sociedad fue objeto de medidas de administración judicial en febrero de 2008; de modo que INMEL se vio obligada a buscar un nuevo proveedor, y una nueva empresa de leasing, para renovar alguno de sus bienes de equipo.
12. La renovación más urgente se refería al centro de mecanizado, la máquina que permitiría; entre otras cosas, modelar y fresar las piezas. Tras realizar una

búsqueda entre los diversos proveedores del mercado, INMEL identificó a dos que parecían poseer los equipos más fiables. Por un lado, el modelo C765-06 de la sociedad ARTESA, en Atacama. Por otro, el modelo A464-07 de la sociedad INMAC, parte en el presente procedimiento. En ambos casos se trataba de un centro de mecanizado de control numérico con 5 ejes de trabajo, encontrándose los precios en torno a 800,000 de euros.

13. El segundo punto importante residía en seleccionar la fuente de financiación. En este punto, INMEL accedió a las diversas ofertas del mercado, y seleccionó a Hespe Leasing. Dejando al margen los plazos y condiciones, no demasiado diferentes a las ofrecidas por otras entidades, Hespe Leasing se comprometía a involucrarse en la relación del cliente con el proveedor, asegurando así la resolución de problemas. Considerando que INMEL debía seleccionar a un proveedor con el que no había tenido relación en el pasado, esta solución parecía minimizar los posibles riesgos.
14. De este modo, con anterioridad a la selección definitiva del proveedor, el Sr. Arcadio Buendía, Director de Operaciones de INMEL se puso en contacto con la Sra. Fernanda del Carpio, Subdirectora de Leasing para maquinaria industrial de Hespe Leasing, con el objetivo de cerciorarse del grado de implicación de su empresa en la relación con el proveedor; y también el de recabar información para seleccionar al proveedor de maquinaria que resultase más fiable (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**).
15. La respuesta de la Sra. Del Carpio no se hizo esperar (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3**). En ella confirmó los extremos solicitados por el Sr. Buendía, y contribuyó a seleccionar el proveedor de la máquina, de acuerdo con la experiencia acumulada por su firma. Según la Sra. Del Carpio INMAC era el proveedor más fiable, y habían trabajado con él en el pasado, con unos excelentes resultados.
16. Esta información sirvió a INMEL para seleccionar definitivamente al proveedor. En este punto, tan sólo restaba clarificar los detalles del contrato. El Sr. Buendía contactó con el Sr. Aureliano García Márquez, Director de Ventas de INMAC, y le solicitó la aclaración de algunos detalles (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 4**). En dicha comunicación, el Sr. Buendía hizo énfasis en varios aspectos: el tipo de materiales que la máquina debía procesar, el tipo de clientes a los que INMEL suministra, y la urgencia con la que INMEL necesitaba la maquinaria, elementos que se encuentran en la raíz del problema. El Sr. Buendía dejó claro que INMEL procesa habitualmente PVC, aluminio y acero de diversos tipos, incluyendo acero de alta resistencia y baja aleación, y acero de alta aleación, con contenido en Carbono, Cromo, Manganeso, Silicio o Níquel. Mi cliente especificó que INMEL habitualmente surte de piezas a empresas del sector de la automoción; refiriéndose en concreto a Incaica Motor SA, y a Ferosa Automóvil SA.
17. El Sr. García Márquez contestó que la máquina A464-07 se ajustaba perfectamente a las necesidades de mi cliente, sin incidir más en las características de la misma (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 5**). Asimismo, declaró que su empresa se encontraba capacitada para cumplir las condiciones de entrega solicitadas, y declaró la relación que une a INMAC con Hespe Leasing desde hace años. Dada la urgencia con la que mi cliente necesitaba la máquina, todo ello resultaban buenas noticias, y no había razón alguna para dudar de las afirmaciones de INMAC. Por ello, para formalizar el acuerdo, Hespe Leasing envió una

notificación con el clausulado básico (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 6**), remitiendo a las condiciones generales del Grupo Hesperia General para lo demás (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 7**) y enviando una copia de estos documentos a INMAC. A su vez, Hespe Leasing concluyó un contrato de suministro con INMAC (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 8**), y remitió una copia del mismo a INMEL.

18. Todo comenzó a torcerse con la llegada de la máquina. El equipo de ingenieros de INMAC, dirigido por la Sra. Petra Cotes entregó la máquina en las instalaciones de INMEL en fecha 1 de octubre de 2009. A partir de ahí, el personal de INMEL comenzó con el montaje, al que seguiría la puesta en marcha, prolongándose dos semanas, y finalizando con el test de comportamiento de la máquina con los diversos materiales, con el objetivo de comprobar si se encontraba en condiciones adecuadas para ser aceptada. Todo fue bien al introducir el PVC, y el aluminio. Sin embargo, tras introducir varias láminas de acero, la máquina comenzó a recalentarse y detenerse, y debió ser reiniciada varias veces previa espera de varios minutos. Las continuas paradas ralentizaban el proceso de tal modo, que el proceso era inviable.
19. Ante semejante situación, con una máquina incapaz de procesar los materiales necesarios para cumplir los compromisos con sus clientes, INMEL se encontraba en una situación delicada: no podía aceptar la máquina; pero, por otro lado, no tenía tiempo de contactar con otro proveedor, solicitar otra máquina, y otro contrato de leasing. Por ello, el Sr. Buendía se puso en contacto con el Sr. García Márquez, de INMAC; y con la Sra. Del Carpio de Hespe Leasing, para ponerles al corriente de la situación, y solicitar una máquina nueva a la mayor brevedad posible (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 9**). Si bien, es cierto que aún había tiempo para cumplir los compromisos con sus clientes, el tiempo comenzaba a apremiar.
20. La respuesta de INMAC parecía ser satisfactoria, pues enviaron al mismo equipo técnico, dirigido por la Sra. Cotes, que desmontó la máquina y se la llevó. En el entendido de que la máquina nueva no debía tardar, el Sr. Buendía marchó a atender una serie de compromisos ineludibles con clientes en el extranjero, que le llevaron 2 semanas fuera. A su regreso pudo comprobar con estupor que la máquina nueva no había sido entregada, y que no se habían recibido noticias de INMAC o de Hespe Leasing. Por ello, escribió otra vez al Sr. García Márquez y a la Sra. Del Carpio; esta vez en un tono más apremiante, para comprobar qué había sucedido (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 10**).
21. La respuesta (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 11**) supuso una sorpresa. El equipo técnico que se personó en las instalaciones de INMEL y desmontó la máquina no tenía el objetivo de llevársela como paso previo a la entrega de una nueva; sino de examinarla y realizar los ajustes que resultasen oportunos a juicio del propio equipo técnico, sin intervención alguna del personal de INMEL. Por si esto resultase poco, se indicaba a INMEL que podría recoger la máquina antigua (y, por consiguiente, defectuosa) de las instalaciones de la sociedad CHAPUSA, a donde el equipo técnico la había trasladado, *previo pago* de los costes de revisión y puesta a punto. El hecho de que se hubiesen desoído las peticiones de mi representada de tal modo; y que, además, pretendiese hacérsele pagar esos costes, no podía sino resultar chocante. Así, se lo hizo saber el Sr. Buendía tanto a INMAC como a Hespe Leasing (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 12**).

22. La réplica recibida a continuación por mi representada llenaría de estupor a cualquier persona sensata y razonable (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 13**). Se indicó a mi representada, que nunca se había tenido la intención de entregar una maquinaria nueva; y que la revisión y puesta a punto se había orquestado completamente a espaldas de INMEL, y sin su consentimiento.
23. Con el tiempo corriendo en contra de INMEL, el Sr. Buendía escogió la única opción razonable que cabía ante semejante situación. Insistió en la entrega de una maquinaria nueva; y, al mismo tiempo, afirmó su intención de utilizar la antigua para modelar las piezas que pudiese de PVC y aluminio mientras la otra máquina no llegase (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 14**).
24. Y, en este punto, INMEL pudo comprobar que por bajas que fuesen las expectativas que pudiese albergar sobre la conducta de INMAC y Hespe Leasing, las mismas estaban condenadas a verse superadas por la realidad. El equipo dirigido por la Sra. Cotes no solamente había depositado la máquina en las instalaciones de CHAPUSA, sino que había subcontratado con CHAPUSA la revisión de la misma; dejando impagado el importe que ésta había generado. El Derecho de Andina, en las disposiciones sobre derechos/privilegios reales, otorga un privilegio de retención a la persona que transporta, manipula o repara un bien mueble, que resulta prioritario respecto del derecho del arrendatario del bien en este caso, y que únicamente se extingue con el pago de la deuda contraída con el transportista o reparador; de modo que INMEL no tuvo otra opción que volver a sus instalaciones sin la máquina.
25. En semejantes circunstancias, considerando la conducta tanto de INMAC como de Hespe Leasing, el único mecanismo de presión del que disponía INMEL para lograr la entrega de una maquinaria nueva (y uso temporal de la máquina antigua) era el de interrumpir el pago de las cuotas de leasing; y así se lo hizo saber a ambas partes (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 15**).
26. Ni siquiera el ejercicio razonable de sus derechos por parte de mi representada pudo convencer a INMAC o a Hespe Leasing de lo desatinado de su conducta previa. Antes al contrario, el Sr. Buendía recibió por toda respuesta un correo electrónico de la Sra. Remedios Moscote, asesora legal de Hespe Leasing (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 16**). En el citado correo, D^a Remedios eximía a Hespe Leasing de cualquier tipo de responsabilidad resultante de los problemas surgidos entre INMAC e INMEL, a raíz de los defectos del centro de mecanizado por control numérico. Asimismo, ante la eventualidad de la interrupción de los pagos, amenazó con ejercitar su derecho sobre el bien. Ello no solamente resultaba irrazonable desde el punto de vista de la práctica comercial; sino que se encontraba en clara contradicción con su conducta anterior, en la medida en que Hespe Leasing se había involucrado desde el principio en la relación contractual.
27. Por desgracia, los hechos posteriores de Hespe Leasing acompañaron a sus palabras. En los días siguientes a la interrupción del pago de las cuotas, sus representantes se personaron en las instalaciones de CHAPUSA, pagaron el coste, en el que INMEL nunca participó; y, ejercitando su derecho como propietarios del bien, se lo llevaron. Como resultado, INMEL debió adquirir una máquina de la empresa ARTESA; algo que por desgracia no hizo desde el principio por seguir el consejo de la Sra. Del Carpio. Ello no impidió que INMEL incurriera en retrasos con sus clientes, debiendo aplicar generosos descuentos para compensarles; y, aun

así, perdiendo algunos pedidos. El coste total de los perjuicios ascendió a 347,250 euros.

IV. LOS CONTRATOS DEL QUE DERIVA LA CONTROVERSIA

28. El contrato de suministro con INMAC (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 8**).
29. El clausulado básico de Hespe Leasing (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 6**),
30. Las condiciones generales del Grupo Hesperia General (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 7**)

V. EL CONVENIO ARBITRAL QUE SE INVOCA : NÚMERO DE ÁRBITROS, IDIOMA Y LUGAR DEL ARBITRAJE

31. La cláusula 41 de las Condiciones Generales del Grupo Hespe General en Materia de Arrendamiento de Bienes Muebles establece expresamente:

“Cualquier conflicto que surja entre las partes se resolverá, a elección del demandante, ante los tribunales de Matrice o mediante arbitraje por un tribunal de tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid, cuya sede será Matrice y el idioma el español.”

32. En virtud de la cláusula 41 de las Condiciones Generales, la sede del arbitraje será Matrice, donde rige la Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional de 1985, según versión modificada en 2006.
33. En virtud de la cláusula 41 de las Condiciones Generales, el idioma del arbitraje será el español.
34. Dicha cláusula establece, en caso de que el demandante opte por un arbitraje, un arbitraje institucional sometido al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y resuelto por un tribunal arbitral compuesto por 3 miembros. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 5 del Reglamento, esta parte designa como árbitro a D. XXX, de nacionalidad Andina. Se acompaña como **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 17** su declaración de independencia e imparcialidad.
35. Andina, Cervantia y Fermosa han firmado la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958.

VI. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

36. La confirmación del contrato entre las partes (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 6**) remite a lo dispuesto en las Condiciones Generales de la Contratación del Grupo Hesperia General (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 7**): la Cláusula 40 de dichas condiciones generales establece:

“A los derechos y obligaciones de las partes resultará de aplicación el Derecho de Cervantia.

Asimismo, en transacciones internacionales serán de aplicación para complementar lo dispuesto en este Derecho las disposiciones y principios del Derecho Uniforme de Contratos; en particular en la medida en que éste se refiera a los contratos de arrendamiento. Cuando resulten de utilidad, también se aplicarán los relativos a otros contratos internacionales”.

37. De lo anterior se deduce que la Ley Aplicable al fondo del asunto es el Derecho interno de Cervantia, que ha adoptado la Ley Modelo de UNIDROIT sobre Arrendamiento Internacional para sus transacciones de arrendamiento de bienes muebles, tanto internas como internacionales. Asimismo, resultan de aplicación las disposiciones de la Convención de Ottawa de 1988 sobre Arrendamiento Financiero Internacional, en virtud de lo dispuesto por las partes en la cláusula de ley aplicable.
38. La Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se encuentra en vigor en Cervantia, Andina y Ferosa; por lo que resultará aplicable a los derechos de INMEL, de modo supletorio a lo dispuesto en la Ley Modelo de Arrendamiento, o en la Convención de Arrendamiento Financiero.

VII. CONSTANCIA DE PAGO DE LOS DERECHOS DE ADMISIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE Y DE LAS PROVISIONES DE FONDOS DE HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS

39. Se acredita mediante el **DOCUMENTO DE LA DEMANDA N° 18** constancia de la transferencia a la cuenta corriente de la Corte de Arbitraje de Madrid la cantidad de 24.382,45 € euros, en concepto de las provisiones de fondos procedentes para la tramitación del presente arbitraje.

VIII. CONCLUSIONES SOBRE EL FONDO

40. Los hechos descritos revelan claramente que la actuación conjunta de Hesper Leasing y de INMAC supuso un claro incumplimiento tanto del deber de entregar bienes conformes, como del deber de garantizar la pacífica posesión del bien al arrendatario.

IX. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

41. Como resultado de lo anterior, INMEL solicita al Tribunal Arbitral:
 - Que declare que posee jurisdicción para conocer de la disputa de INMEL con Hesper Leasing e INMAC

- Que declare que el centro de mecanizado por control numérico modelo A464-07 entregado a por INMAC a INMEL era un bien defectuoso, que no se ajustaba al propósito para el cual fue suministrado.
- Que declare que, al ser tales defectos previos a la aceptación de la maquinaria, INMEL tenía el derecho a rechazar la maquinaria entregada, así como de solicitar la entrega de una máquina nueva y sin defectos.
- Que declare, en todo caso, y aun cuando la maquinaria hubiese sido aceptada, que los defectos resultaban de suficiente gravedad como para justificar la solicitud de entrega de una maquinaria nueva en sustitución de la anterior.
- Que declare que el modo en que Hespe Leasing se involucró en la selección del proveedor y en la relación subyacente de suministro la convierten en directamente responsable de los perjuicios anteriores en virtud del contrato de arrendamiento no financiero.
- Que declare, aun cuando se tratase de un contrato de arrendamiento financiero, que Hespe Leasing sería responsable de los perjuicios causados a mi representada:
 - o primero, por pactar con el suministrador la renuncia al derecho a solicitar una máquina nueva y conforme al contrato, a espaldas de mi representada.
 - o segundo, por provocar con ello la privación de la pacífica posesión del bien a mi representada,
- Que los reiterados incumplimientos referidos anteriormente justificaron la interrupción por parte de INMEL del pago de las cuotas de leasing así como la resolución del contrato.
- Que la actuación de ambas partes, INMAC y Hespe Leasing, las convierte en responsables de los daños y perjuicios sufridos por INMEL, resultantes de los descuentos a sus clientes, y de la pérdida de varios pedidos, daños que ascienden al total de 347,250 euros.
- Que las partes demandadas sean condenadas al pago de las costas procesales.

En Incaica a 3 de diciembre de 2009

Fdo. Facundo Rocental

Documento de la solicitud n° 1

D. Merlín Capadocio, en su calidad de consejero delegado de la Compañía Industrial Melquíades SA, autoriza a D. Facundo Rocental para que asuma la defensa jurídica de la Compañía Industrial Melquíades SA en el procedimiento arbitral a iniciar ante la Corte de Arbitraje de Madrid contra Hesperia Leasing Co. y Industrias Macapagal SL. Lo que hago constar a todos los efectos oportunos.

Incaica, a 26 de noviembre de 2009

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above a horizontal line.

Fdo. Merlín Capadocio
Consejero Delegado de Compañía Industrial Melquíades SA

Documento de la solicitud n° 2

Fecha: 10 agosto 2009, 11:37:34

A: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar.>

Asunto: Financiación adquisición maquinaria industrial

Estimada Sra. Del Carpio

Mi nombre es Arcadio Buendía, Director de Operaciones de la empresa INMEL. Como puede consultar en nuestra web, somos una de las mayores empresas de fabricación de componentes para empresas industriales y del sector de la automoción de Andina. Entre otros, surtimos de componentes a las empresas a Incaica Motor SA, y Ferosa Automóvil SA, del grupo multinacional SAC Motor.

He tenido acceso a la documentación publicitaria, relativa al programa “El Leasing del Siglo XXI” de su empresa; así como de informarme por terceros. Las conclusiones son bastante satisfactorias en cuanto a su cobertura del cliente. Me llamó particularmente la atención el punto “*Con el cliente de principio a fin*” donde afirman que su relación no se limita al momento de la suscripción del contrato de leasing; sino que, como valor añadido, monitorizan la situación con el proveedor, y se aseguran de que el resultado es satisfactorio, y de que no surgen problemas en el proceso. He tenido ocasión de comentar esta información con otras personas, y parece ser algo más que promesas publicitarias; pero desearía confirmarla con usted.

La cuestión es relativamente simple. Necesitamos renovar nuestro centro de mecanizado, para fresar y torneear piezas, y deseamos adquirir uno de control numérico. Hemos preseleccionado dos modelos diferentes, el C-765-06, de la firma ARTESA, de Atacama, y el modelo A464-07, de la firma INMAC y nos gustaría conocer su parecer. En cualquier caso necesitaríamos que la financiación estuviese lista en 2 semanas.

Muy atentamente,

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades (INMEL) SA

Documento de la solicitud n° 3

Fecha: 15 agosto 2009, 12:06:45

A: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar.>

De: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>

Asunto: Re: Financiación adquisición maquinaria industrial

Estimado Sr. Buendía

Muchas gracias por su amable solicitud. La información de que dispone sobre nuestras actividades se corresponde con la realidad al cien por cien. Somos una empresa de leasing poco convencional, y muy distinta de las financieras tradicionales. Nuestra especialización en maquinaria industrial y nuestros superiores conocimientos técnicos nos permiten involucrarnos con nuestros clientes y ser, si se me permite la expresión, más socios que intermediarios. Nuestro rápido incremento de cuota de mercado se debe principalmente a esta razón. Naturalmente, no pretendemos saber más del negocio que nuestros clientes, y dejamos a ellos la decisión final, pero nuestra ventaja es la de estar siempre disponibles para colaborar en el proceso.

Dicho esto, naturalmente estoy al tanto de quiénes son ustedes. Trabajamos mucho fuera de nuestras fronteras; Andina es uno de nuestros principales mercados, y conocemos muy bien el sector de la fabricación de componentes industriales y de la industria de la automoción y sus desarrollos. Me permito felicitarle, pues, por los resultados del año pasado, que no pasaron inadvertidos para nadie.

Volviendo al tema que nos interesa, podemos tener la financiación lista en las fechas que solicita. En cuanto al proveedor, no conocemos demasiado a la empresa ARTESA; pero sí hemos trabajado repetidamente con INMAC en el pasado y le puedo decir que se trata de un proveedor que excede las expectativas.

Muy atentamente,

Fernanda Del Carpio

Subdirectora de Leasing para Maquinaria Industrial

Hesperia Leasing (Hespe Leasing) Co.

Documento de la solicitud n° 4

Fecha: 27 agosto 2009, 13:45:29

A: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar.>

Asunto: Pedido Máquina Modelo A464-07

Estimado Sr. García Márquez

Mi nombre es Arcadio Buendía, Director de Operaciones de la empresa INMEL, de Andina. Nuestra empresa es un fabricante de piezas para empresas industriales; y, principalmente, empresas del sector de la automoción. Somos proveedores de Incaica Motor SA y Ferosa Automóvil SA, del Grupo SAC Motor. Los materiales empleados para las piezas son el PVC, aluminio y acero, incluyendo acero de alta resistencia y baja aleación, y acero de alta aleación, con Carbono, Cromo Manganeso, Silicio o Níquel como aleantes.

Tenemos la intención de adquirir uno de sus centros de mecanizado de control numérico, modelo A464-07. Deseamos realizar la operación con financiación por leasing a través de la empresa Hesse Leasing; de quien, por cierto, recibimos muy buenas referencias en relación a su empresa. Necesitaríamos que la máquina estuviese en nuestra fábrica de Incaica en fecha 1 de octubre de 2009 para iniciar su montaje. Deberíamos comenzar a procesar dos semanas después. Queríamos saber si ustedes se hacen cargo del transporte en estos casos.

Muy atentamente,

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades SA (INMEL)

Documento de la solicitud nº 5

Fecha: 1 septiembre 2009, 10:22:56

A: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>

De: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

Asunto: Re: Pedido Máquina Modelo A464-07

Estimado Sr. Buendía

Muchas gracias por su nota. En efecto, somos colaboradores estrechos de Hespe Leasing; y, a título particular, creo que su modelo de servicio en la financiación de activos representa el futuro del sector. En relación con el pedido que realiza, no diga más. Tenemos experiencia con el sector de la automoción, y la A464-07 es un modelo muy útil, fiable, y que excederá sus expectativas.

Asimismo, me alegra comunicarle que podríamos, sin problemas, cumplir las condiciones de plazos que nos indica. También gestionaríamos el transporte con seguro y el embalaje, cuyo coste ascendería a 14.500 euros, que se sumarían al precio final de la maquinaria. Nos pondremos en contacto con Hespe Leasing y prepararemos la documentación.

Reciba un cordial saludo,

Aureliano García Márquez

Director de Ventas

Industrial Macapagal (INMAC) SL

Documento de la solicitud nº 6

**CARTA DE CONFIRMACIÓN DE UN CONTRATO PARA EL
ARRENDAMIENTO DE MAQUINARIA INDUSTRIAL**

Cláusula 1. General

La presente carta tiene el objetivo de confirmar el acuerdo de las partes de celebrar un contrato de arrendamiento de cosa (leasing).

Cláusula 2. Definiciones

[...]

“Arrendador”. En adelante, la sociedad Hesperia Leasing Co. será referida como “el arrendador”

“Arrendatario”. En adelante, la sociedad Compañía Industrial Melquíades SA será referida como “el arrendatario”

[...]

Cláusula 3. Bien Objeto del Contrato de Arrendamiento

El bien objeto del presente contrato será un centro de mecanizado por control numérico de cinco ejes, modelo A464-07, suministrado por la sociedad Industrias Macapagal SL.

[...]

Cláusula 17. Resolución de controversias

Las partes acuerdan intentar resolver cualquier controversia que surja entre ellas en relación con este documento mediante la negociación de buena fe.

Si las partes no llegaran a un acuerdo, se someterán a la jurisdicción.

Cláusula 18. Condiciones Generales

En lo no dispuesto por las presentes cláusulas resultarán de aplicación las condiciones generales del grupo Hesperia General.

Documento de la solicitud n° 7

**CONDICIONES GENERALES DEL GRUPO HESPERIA GENERAL EN
MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES (LEASING)**

PARTE I. DISPOSICIONES GENERALES

[...]

2. Definiciones

“Arrendamiento financiero” será todo aquel arrendamiento, con o sin la opción de comprar todo o parte del activo, que incluya las siguientes características:

- (a) El arrendatario especifica el activo y selecciona al proveedor
- (b) El arrendador adquiere el activo en relación con un arrendamiento, y el proveedor tiene conocimiento de este hecho
- (c) Las cuotas u otras cantidades pagables en virtud del arrendamiento tienen en cuenta o no tienen en cuenta la amortización del total o una parte sustancial de la inversión del arrendador.

“Arrendamiento no financiero”. Todo aquel arrendamiento donde no se cumplan los requisitos propios del arrendamiento financiero será considerado como un arrendamiento no financiero.

[...]

PARTE II. ARRENDAMIENTO FINANCIERO

[...]

PARTE III. ARRENDAMIENTO NO FINANCIERO

[...]

PARTE IV. DISPOSICIONES FINALES

Cláusula 40. Ley Aplicable

A los derechos y obligaciones de las partes resultará de aplicación el Derecho de Cervantia.

Asimismo, en transacciones internacionales serán de aplicación para complementar lo dispuesto en este Derecho las disposiciones y principios del Derecho Uniforme de Contratos; en particular en la medida en que éste se refiera a los contratos de arrendamiento. Cuando resulten de utilidad, también se aplicarán los relativos a otros contratos internacionales.

Cláusula 41. Arbitraje

Cualquier conflicto que surja entre las partes se resolverá, a elección del demandante, ante los tribunales de Matrice o mediante arbitraje por un tribunal de tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid, cuya sede será Matrice y el idioma el español.

Documento de la solicitud nº 8

CONTRATO DE SUMINISTRO DE MAQUINARIA INDUSTRIAL

[...]

Cláusula 3. Bienes Objeto del Contrato

El objeto del presente contrato es un centro de mecanizado por control numérico de cinco ejes, modelo A464-07.

[...]

Cláusula 20. Ley Aplicable

Al presente contrato, y a los derechos y obligaciones de las partes resultantes del mismo, resultará de aplicación la Convención de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Cláusula 21. Arbitraje

Un árbitro único resolverá, en Matrice, las controversias que surjan sobre la interpretación de este contrato de conformidad con el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid en vigor a la firma del presente contrato.

Documento de la solicitud n° 9

Fecha: 16 octubre 2009, 10:35:44

A: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>; Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>

Asunto: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimada Sra. Del Carpio; estimado Sr. García Márquez

Me pongo en contacto con ustedes en relación con el centro de mecanizado de control numérico modelo A464-07 de INMAC, que fue objeto de entrega y montaje en nuestra fábrica de Incaica. Después del montaje, la sometimos a unos test rutinarios para saber si la máquina se encontraba defectuosa y debíamos rechazarla.

Generalmente, no solemos tener excesivos problemas, más allá de algún pequeño ajuste en esta fase. Por ello, resultó sorprendente que, al cabo de sólo 3 horas, la máquina comenzara a calentarse, y fuese necesario reiniciarla varias veces; ralentizando de tal manera el proceso que resulta inviable su empleo.

Como comprenderán, la situación es muy grave; y, en estas circunstancias, no podemos aceptar la máquina (como ya informamos a su equipo técnico). Exigimos la retirada inmediata de la máquina; así como la entrega de una nueva (esta vez, que funcione). Lamento comunicarles tan malas noticias; pero, como comprenderán, somos los primeros sorprendidos.

Atentamente,

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades (INMEL) SA

Documento de la solicitud n° 10

Fecha: 29 octubre 2009, 9:37:21

A: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>; Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>

Asunto: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimada Sra. Del Carpio; estimado Sr. García Márquez

Me pongo en contacto con ustedes para aclarar de una vez este asunto. Hace ya dos semanas la Sra. Cotes, jefa del equipo técnico que vino a montar la máquina A464-07 me llamó por teléfono y me dijo que su equipo volvería a nuestra planta para desmontar y llevarse la máquina. Cuando se marchaban, le pregunté cuándo estaría la nueva máquina me contestó que su trabajo era el de desmontar y examinar la máquina que nos habían entregado; pero que no nos preocupáramos, que el problema se resolvería. Asumiendo de buena fe que en breve recibiría noticias tuyas, seguí con mis múltiples ocupaciones. En este tiempo me he encontrado fuera por motivos de trabajo.

Tras llegar esta mañana me he encontrado con la desagradable sorpresa de que no sólo la nueva máquina no se encuentra en nuestras instalaciones, sino que no hemos recibido comunicación alguna por su parte respecto del plazo en el cual se va a realizar dicha entrega. Como ambos comprenderán, esta actitud resulta chocante; de modo que, les pido, en primer lugar, me confirmen si intentaron en algún modo ponerse en contacto con nosotros sin conseguirlo, o si existe alguna buena razón para tenernos sin máquina y sin noticias. En segundo lugar, necesito me contesten a la mayor brevedad posible comunicándome la fecha en la que tendremos la maquinaria en nuestras instalaciones. Como les dejé muy claro desde el principio, el plazo lo es todo para nosotros, ya que tenemos importantes contratos que cumplir con nuestros clientes.

Atentamente,

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades (INMEL) SA

Documento de la solicitud nº 11

Fecha: 31 octubre 2009, 16:17:36

A: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>; Fernanda del Carpio
<fdelcarpio@hespeleasing.cer>

De: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimado Sr. Buendía.

Lamento profundamente el malentendido. El equipo técnico se personó en sus instalaciones, con el objetivo de llevarse la maquinaria y realizar un examen preliminar, para detectar posibles problemas, y determinar el proceso a seguir.

La Sra. Cotes, jefa del equipo técnico, afirma que el problema fundamental reside en que la maquinaria estaba preparada para procesar acero para componentes industriales y de automoción, mientras que en los tests se le introdujo también acero de herramientas, con una dureza superior, que fue lo que causó los problemas. La máquina ha sido revisada por nuestros operarios y los de la empresa CHAPUSA, encontrándose en las instalaciones de ésta última, en c/ Melancolía 27, Incaica, donde podrán recogerla previo pago de la cantidad de 3,000 euros, por costes de revisión y puesta a punto.

Un saludo.

Aureliano García Márquez

Director de Ventas

Industrias Macapagal (INMAC) SL

Documento de la solicitud n° 12

Fecha: 2 noviembre 2009, 13:17:08

A: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>; Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>

Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Sr. García Márquez; Sra. Del Carpio

Cuando he recibido su contestación he vuelto sobre los correos electrónicos que nos enviamos anteriormente, por si pudiese haber habido un error. No es así. En cuanto se presentaron los problemas dije muy clarito que necesitábamos una máquina nueva, no la defectuosa (haya sido o no revisada). Y nueva significa nueva.

Espero sus noticias (y la nueva máquina) a la mayor brevedad.

Un saludo.

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades (INMEL) SA

Documento de la solicitud n° 13

Fecha: 9 noviembre 2009, 10:35:47

A: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>; Fernanda del Carpio
<fdelcarpio@hespeleasing.cer>

De: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimado Sr. Buendía

De nuevo, lamento profundamente que se llamase a engaño, pero no es política de nuestra empresa (ni de ninguna otra empresa seria) el sustituir una máquina nueva y aparentemente en buen estado por otra sin haberla examinado previamente. En casi el 100% de los casos el problema es nimio, o se encuentra en un uso indebido de la máquina, como es el caso.

La Sra. Del Carpio, de Hespe Leasing, adquirente de la máquina, también fue informada del proceso a seguir, y estuvo de acuerdo (como se comprueba en la sucesión de correos electrónicos que se copia debajo). Reitero la disponibilidad de la máquina que su empresa adquirió (y que es perfectamente conforme).

Un saludo.

Aureliano García Márquez
Director de Ventas
Industrias Macapagal (INMAC) SL

Fecha: 16 octubre 2009: 15:37:49

A: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>
De: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>

Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimado Aureliano

Entiendo lo que me dices, y la verdad es que no comprendo muy bien lo que ha podido pasar. Estos fallos no suceden así como así. Comprendo que debéis hacer lo que sea preciso para solucionar el problema. Tenedme al tanto de todo.

Un saludo,

Fernanda

Fecha: 16 octubre 2009, 12:54:55

A: Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>

De: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>

Asunto: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimada Fernanda

Acabo de leer el correo de INMEL; y no me explico qué puede haber pasado. La A464-07 es una máquina muy fiable, y nunca da problemas, salvo que se monte mal, o se utilice de modo incorrecto. Me he puesto en contacto con Petra Cotes, la jefa del equipo técnico que montó la máquina, y me ha dicho que no hubo incidencias en el proceso de montaje, y que no se quedaron a los tests. Si os parece, voy a volverlos a enviar para que comprueben el estado de la máquina y decidan qué es lo que resulta más conveniente, sin descartar ninguna opción.

Un saludo,

Aureliano

Documento de la solicitud nº 14

Fecha: 11 noviembre 2009, 11:35:53

A: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>, Fernanda del Carpio
<fdelcarpio@hespeleasing.cer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>

Asunto: Re: FW: Problema con la máquina. Solución urgente

Estimados Fernanda y Aureliano

No sé si me parece más increíble que hayáis desoído mis peticiones de una nueva máquina; o que tengáis la desfachatez de admitir que habéis acordado su revisión y puesta a punto en lugar de sustitución a mis espaldas. Nosotros nunca llegamos a aceptar la máquina que trajisteis. Tal y como habéis dejado la situación, exigimos que nos enviéis otra máquina (no una con ajustes). Como mucho, aceptamos tener la máquina que trajisteis transitoriamente, mientras traéis la otra, y con el objetivo de ir sirviendo los pedidos más urgentes, para lo cual la recogeremos de las instalaciones esta misma tarde. Por supuesto, dado que vuestro era el defecto, vuestra es la responsabilidad de solucionarlo, y no pensamos asumir ningún coste debido a CHAPUSA. Espero que entendáis nuestra perplejidad.

Un saludo.

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades (INMEL) SA

Documento de la solicitud n° 15

Fecha: 12 noviembre 2009, 15:27:19

A: Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>, Fernanda del Carpio <fdelcarpio@hespeleasing.cer>

De: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>

Asunto: URGENTE. Interrupción pagos. Solución inmediata. Máquina defectuosa

Estimados Fernanda y Aureliano

A estas alturas, no sé cómo expresar la indignación por lo que, entiendo, es una encerrona. Como comenté en mi correo anterior, nuestra exigencia de una máquina nueva sigue siendo justa, y vuestro deber es el de proporcionárnosla. Sin embargo, para daros algo de tiempo, y de buena fe, acudimos a las instalaciones que nos indicasteis, con el objetivo de retirar la máquina, y poderla utilizar en el período durante el cual realizabais las gestiones para el envío de una nueva. Nuestra sorpresa fue mayúscula cuando comprobamos que no sólo habíais desoído nuestra petición, sino que habíais subcontratado una revisión con la empresa CHAPUSA (sita en dichas instalaciones) dejando a deber los gastos que ésta había generado.

Según nuestros asesores legales, el Derecho nacional de Andina otorga a quien manipula o repara una máquina un privilegio de retención, que prevalece sobre el derecho del propietario, arrendatario, o quien sea, hasta que se pague el coste debido; de modo que ni siquiera nos permitieron llevarnos la maquinaria defectuosa. Como ya os indicamos, el error ha sido vuestro, y no pensamos correr en ningún caso con los gastos. Por tanto, nos vemos obligados a dar por concluidas nuestras relaciones y desde el día de hoy, interrumpimos el pago de las cuotas de leasing, y os reclamaremos oportunamente el valor de las pérdidas resultantes del incumplimiento de los contratos con nuestros clientes.

Un saludo.

Arcadio Buendía

Director de Operaciones

Industrias Melquíades (INMEL) SA

Documento de la solicitud n° 16

Fecha: 19 noviembre 2009, 12:08:56

A: Arcadio Buendía <abuendia@inmel.tar>, Aureliano García Márquez <agmarquez@inmac.fer>,

De: Remedios Moscote <rmoscote@hespeleasing.cer>

Asunto: Re: URGENTE. Interrupción pagos. Solución inmediata. Máquina defectuosa

Estimado Sr. Buendía

Me pongo en contacto con usted como asesora legal de la sociedad Hesperia Leasing Co. Este mensaje tiene el objetivo de clarificar algunos aspectos que pueden no haber sido entendidos correctamente.

En primer lugar, mi representada suscribió con la sociedad INMEL un contrato de leasing, cuyas obligaciones son independientes de las relativas al contrato de suministro con la sociedad Industrias Macapagal (INMAC) SL. Cuando ustedes se comprometieron al pago de las cuotas de leasing, lo hicieron con independencia de los potenciales problemas que pudiesen surgir en relación con la maquinaria.

En ningún momento ha sido la intención de mi representada la de involucrarse, ni activa ni pasivamente, en el proceso relativo a la selección y entrega de la máquina, examen de la misma, su revisión, etc. Su papel ha sido el de mantenerse discretamente al margen; como por otro lado resulta lógico, dado el superior conocimiento de la sociedad suministradora, así como de la arrendataria.

Por tanto, no comprendemos que, para resolver un problema con el suministrador, relativo a la máquina, amenace con suspender el pago de las cuotas de leasing, lo que afecta a su relación con mi representada; como indiqué arriba, independiente de la de suministro. En caso de que decida seguir adelante con semejante actuación, nos veremos obligados a adoptar las medidas necesarias para tomar posesión de la máquina. Cualquier duda al respecto, no dude en acudir a nosotros.

Un cordial saludo,

Remedios Moscote
Director de Asesoría Legal
Hesperia Leasing Co.

Documento de la solicitud nº 17

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D. XXX DECLARA:

1. Que **ACEPTO** actuar con árbitro en el procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (en adelante “la Corte”) entre COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES y HESPERIA LEASING ./ INDUSTRIAS MACAPAGAL
2. Que **CONOZCO** el vigente Reglamento de la Corte y, en particular sus artículos 11, 12 y 13.
3. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos de dicho Reglamento y acepto ser remunerado de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 47.
4. Que **POSEO** las calificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la Corte y no estoy impedido de *iure* o *de facto* para el ejercicio de mis funciones como árbitro.
5. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 17.1 de la vigente Ley de Arbitraje y en el artículo 11 del Reglamento de la Corte.
6. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 1 de diciembre de 2009



Firma del Árbitro

Documento de la solicitud nº 18

**Constancia de pago de los derechos de admisión y administración de la Corte de
las provisiones de fondos de honorarios de los árbitros**

*Documento de transferencia a la cuenta corriente de la Corte de Arbitraje de
Madrid la cantidad de 24.382,45 € euros, en concepto de las provisiones de fondos
procedentes para la tramitación del presente arbitraje*



CARTA A ENVIAR POR COURIER

Matrice, 7 de diciembre de 2009

A: **HESPERIA LEASING CO,**
Avda. Ginés de Pasamonte, no. 47
Barataria, Cervantia

INDUSTRIAS MACAPAGAL SL,
Carretera de Tagal, km. 20,
Luzonia, Ferosa

Ref. Arb 70/2009

Muy Sres. nuestros:

Hemos recibido de la sociedad Compañía Industrial Melquíades SA la solicitud de someter a arbitraje las diferencias surgidas entre Vds., copia de la cual les acompañamos.

En consonancia con el artículo 6.1 del citado Reglamento (del que adjuntamos un ejemplar), les rogamos que en el plazo de **15 días naturales** sometan a esta Secretaría su respuesta a la solicitud de arbitraje alegando todo aquello que consideren necesario para la mejor defensa de sus intereses.

Igualmente, deberán aportar la oportuna provisión de fondos mediante transferencia bancaria (Banco Santander, CCC: 0049-5033-51-2511395226), adjuntando justificante de dicha transferencia con su respuesta a la solicitud, Ref. Arb. 70/2009. En nuestra página web www.cortearbitrajemadrid.es tenemos disponible un calculador de aranceles que esperamos les sea de utilidad.

Asimismo, se le informa de que la administración de este arbitraje será tramitada por D. David Ramos y Dña. Tatiana Arroyo (casopractico@mootmadrid.es) a los que rogamos copien en todas sus comunicaciones y a quienes pueden dirigir cualquier duda jurídica.

En espera de sus noticias, les saluda atentamente,

Corte de Arbitraje de Madrid: Solicitud de Arbitraje
COMPañÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES vs HESPERIA LEASING ./ INDUSTRIAS
MACAPAGAL
ARBITRAJE N° 70/2009

D. Timonel de Carcajona, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad Hesperia Leasing Co. formula, dentro del plazo conferido a tal fin y de conformidad con el artículo 6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE

1. Hesperia Leasing Co, con el nombre comercial Hesperia Leasing (en adelante, Hesperia Leasing) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Ginés de Pasamonte, no. 47, Barataria, Cervantia y parte del grupo multinacional Hesperia General. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (32) 445 443 557, (32) 445 443 558 e info@hespeleasing.cer.
2. En el presente procedimiento, Hesperia Leasing se encontrará representada por Sr. D. Timonel de Carcajona, con domicilio en Calle Sastre 28, Barataria, Cervantia, tel. (32) 357 54 77, fax (32) 357 54 78, correo electrónico t.carcajona@abogados.cer y sus datos de contacto coincidentes con los de Hesperia Leasing. Se acredita la representación mediante el DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 1.

II. BREVES ALEGACIONES SOBRE LA DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

3. Hesperia Leasing niega cualquier tipo de responsabilidad por los supuestos defectos del centro de mecanizado (en adelante, referido también como “la máquina”), alegados por Industrias Melquíades SA; así como por la supuesta privación de la pacífica posesión de la máquina.
4. Asimismo, aun cuando pudiese encontrarse potencialmente sujeto a responsabilidad, niega que los hechos del caso sustenten la existencia de un

incumplimiento contractual que justificase la solicitud de sustitución de la máquina; y, aún menos, interrupción del pago de las cuotas de leasing.

Ausencia de responsabilidad de Hesperia Leasing SL como arrendador de un leasing financiero:

5. Hesperia Leasing se dedica a la financiación de maquinaria industrial y otros bienes de equipo mediante la técnica del leasing. Asimismo, resulta cierto que la sociedad se precia de un servicio más completo que sus rivales en el mercado, que reside en los superiores conocimientos técnicos de su personal; pues, junto con economistas, Hesperia Leasing emplea también a numerosos ingenieros industriales. Ello ha permitido a Hesperia Leasing, a través de su amplia experiencia con proveedores de maquinaria, el formarse una opinión fundada sobre los mejores operadores del sector.
6. Dicho esto, el papel del personal de Hesperia Leasing se traduce en la capacidad de facilitar información más completa y fiable; lo que en modo alguno deriva en una voluntad de influir en la selección de bienes y proveedores realizada por parte del cliente-arrendatario. En este sentido, el servicio de Hesperia Leasing es pasivo, y reside en la disponibilidad para responder preguntas específicas, sin que ello suponga una participación preactiva en el proceso conducente a seleccionar, entregar e instalar la máquina, o solucionar los problemas existentes.
7. La Sra. Fernanda Del Carpio no hizo sino ser coherente con esta filosofía cuando INMEL recurrió a los servicios de Hesperia Leasing. La sociedad ARTESA, seleccionada como una de las opciones por INMEL es de pequeño tamaño y facturación, especializada en centros de mecanizado por control numérico, y opera casi exclusivamente en el mercado de Atacama. La sociedad Industrias Macapagal SL (INMAC), por el contrario, es una multinacional, con experiencia en 45 mercados, y una mayor capacidad logística. Asimismo, se trata de un proveedor con el que Hesperia Leasing ha trabajado reiteradamente en el pasado, con excelentes resultados. En otras palabras, la Sra. Del Carpio entendió que INMEL solicitaba información específica respecto de los dos proveedores que había seleccionado, y le facilitó, de modo objetivo, la que conocía específicamente, sin prejuzgar su decisión ni emitir opinión alguna, y omitiendo aquella información de dominio público (por ejemplo, la superior capacidad logística y de asistencia técnica de INMAC, derivada de su mayor tamaño y presencia internacional) para evitar así el realizar un análisis sesgado.
8. Una vez seleccionado y contactado el proveedor por INMEL, el papel de Hesperia Leasing se redujo a preparar de la documentación necesaria, a esperar el pago de las cuotas de leasing. En este sentido, Hesperia Leasing adoptó el papel propio de un arrendador en un leasing financiero: ocuparse de los aspectos financieros, y dejar los relativos a la entrega del bien y solución de problemas en manos del proveedor y arrendatario, las partes realmente involucradas.
9. De este modo, cuando se manifestó el defecto, la Sra. Del Carpio entendió que las partes debían tratar de solucionarlo entre ellas. Cuando recibió el correo electrónico del Sr. García Márquez, su consentimiento no estaba siendo recabado; sino que estaba siendo informado de las futuras actuaciones. Entendiendo que el

examen de la máquina para detectar el problema resultaba razonable desde el punto de vista del procedimiento a seguir, la Sra. Del Carpio comunicó la voluntad de Hespe Leasing de que las partes hicieran lo posible para solucionar el problema. El desarrollo posterior de los acontecimientos se debió exclusivamente a las decisiones de INMEL e INMAC, sin que mi representada actuara en modo alguno.

10. Sobre esta base, resulta absolutamente infundado entender que Hespe Leasing se involucró en modo alguno en la relación entre el proveedor y el arrendatario, hasta el punto de hacerse responsable por los defectos; o, más allá, por la privación de la pacífica posesión, como indica la parte demandante.

Ausencia de defectos en la maquinaria, y de incumplimiento del contrato

11. Por si los anteriores argumentos no resultasen suficientes para eximir a Hespe Leasing de toda responsabilidad, los hechos claramente demuestran que INMEL ha sido, en este caso, el único responsable de su mala fortuna.
12. Hespe Leasing coincide parcialmente con la división de los diversos tipos de aceros realizada por INMEL. En efecto, existen aceros de alta y baja aleación (entre los que destacan los aceros de alta resistencia y baja aleación). Dentro de los de alta aleación, existen diversos tipos, dependiendo de los materiales aleantes, y el método empleado para su elaboración. Los métodos y aleantes contribuye a la diversidad de grados de dureza y de resistencia a la corrosión; que permiten clasificar el acero en diferentes variedades según su uso industrial.
13. Y aquí es donde la visión de la parte demandante resulta errónea. En la notificación de 27 de agosto de 2009, (Documento de la solicitud nº. 4) el Sr. Buendía especificó que necesitaba una máquina para trabajar PVC, aluminio y acero, de baja y alta aleación, con aleantes como el Carbono, el Cromo, el Silicio o el Manganeseo; principalmente para su uso en la industria automotriz y en maquinaria industrial. Por remitirnos a la escala Brinnell, utilizada por la parte demandante, un acero inoxidable para uso industrial y para componentes de la industria del automóvil (generalmente austenítico o ferrítico) posee una dureza de 130-170. El centro de mecanizado, modelo A464-07 tiene la capacidad de moldear con comodidad aceros con dureza de hasta 400. Asimismo, se trata de una máquina muy demandada en el mercado de Ferosa precisamente para procesar componentes para maquinaria industrial e industria automotriz. Esta información fue transmitida por el Sr. García Márquez al Sr. Buendía; el cual, sin mayores especificaciones, solicitó la entrega de la máquina.
14. El Sr. Buendía omitió que el acero de los componentes fabricados para alguno de sus clientes poseía una aleación especial, que le proporcionaba una dureza de 560. El acero con dureza de 500 o más se clasifica como acero para herramientas; y no puede entenderse como acero de componentes industriales o de la industria automotriz, como pretende la parte demandante. Así se desprende del Anexo I de la Circular no. 323/1999 del Ministerio de Industria de Ferosa, que clasifica el acero de dureza de 550 o superior como acero de herramientas o acero para la industria aeroespacial (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 2**).

15. Al descuido de la parte demandante en el momento de solicitar la máquina se une una actuación incoherente en la fase de instalación. Según el escrito de demanda, INMEL no llegó a aceptar la máquina, en la medida en que necesitaba realizar los tests necesarios para ello. Sin embargo, según el testimonio de la Sra. Petra Cotes (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 3**) el personal de INMEL se mostró plenamente satisfecho con la máquina tras su primera puesta en marcha, y envió al equipo técnico a casa, dando a entender que los tests eran cuestión rutinaria y que sólo requeriría de leves ajustes.
16. Según el informe técnico (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 4**) los problemas de apagado fueron debidos, con casi total seguridad, al excesivo calentamiento del centro de mecanizado; lo cual, a su vez, traía causa del uso de la máquina para moldear piezas de acero de una dureza superior a 400.
17. Como se deduce de lo anterior, estaba más que justificado, que el Sr. García Márquez, en su deseo de verificar la conformidad de la máquina acudiera a los servicios técnicos de CHAPUSA, taller de confianza del suministrador y más cercano geográficamente de las instalaciones del arrendatario, para comprobar que la máquina seguía siendo capaz de procesar el acero para el cual había sido solicitada; así como PVC y aluminio.

III. OPOSICIÓN AL ARBITRAJE

18. Hesper leasing considera que la cláusula de resolución de disputas por la que debería dirimirse la controversia es la prevista en la cláusula 17 de la Carta de Confirmación (**DOCUMENTO A LA SOLICITUD N° 6**), y por ello el tribunal arbitral debería declararse incompetente para resolver sobre la misma. Aun cuando la demandada cuestiona la competencia del tribunal arbitral, designa conjuntamente con INMAC a D. YYY como árbitro para conocer de la presente disputa. Se acompaña como **DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 5** su declaración de independencia e imparcialidad.

IV. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

19. Hesper Leasing solicita al tribunal arbitral:
 - Que se declare incompetente para conocer del presente arbitraje.
 - Que en caso de declararse competente, el centro de mecanizado entregado por INMAC carecía de defectos de conformidad susceptibles de ser considerados como un incumplimiento contractual.
 - Que, aun cuando existiesen defectos de conformidad susceptibles de ser considerados como un incumplimiento contractual, tales defectos carecían de la entidad como para rechazar la maquinaria y solicitar una nueva, o interrumpir el pago de las cuotas de leasing.

- Que concluya que Hesperia Leasing actuó como arrendador en un leasing financiero; y que, por tanto, no puede ser responsable por los supuestos defectos en la maquinaria.
- Que Hesperia Leasing no autorizó ninguna modificación de derechos perjudicial para el arrendatario, ni fue responsable de la interrupción de la pacífica posesión por parte de INMEL.
- Que, por los motivos anteriores, Hesperia Leasing no puede ser declarada responsable por los daños y perjuicios sufridos por INMEL.
- Que condene a la parte demandante al pago de las costas procesales.

Barataria, a 17 de diciembre de 2009

Fdo. Timonel de Carcajona

Representante legal Hesperia Leasing Co.

Corte de Arbitraje de Madrid: Solicitud de Arbitraje
COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES vs HESPERIA LEASING ./ INDUSTRIAS
MACAPAGAL
ARBITRAJE N° 70/2009

D. Timonel de Carcajona, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad Industrias Macapagal, S.L. (en adelante, INMAC) formula, dentro del plazo conferido a tal fin y de conformidad con el artículo 6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE

1. Industrias Macapagal SL, con el nombre comercial INMAC (en adelante INMAC) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Ferosa, con domicilio social en carretera de Tagal, km. 20, Luzonia, Ferosa. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (347) 667 45 45, (347) 667 45 46 e info@inmac.fer.

2. Industrias Macapagal, S.L. (en adelante, INMAC) actuará también bajo la representación del Sr. D. Timonel de Carcajona, con domicilio en Calle Sastre 28, Barataria, Cervantia, tel. (32) 357 54 77, fax (32) 357 54 78, correo electrónico t.carcajona@abogados.cer.

II. OPOSICIÓN AL ARBITRAJE

3. INMAC considera que ningún tribunal arbitral formado en virtud de la cláusula arbitral invocada por INMEL tiene jurisdicción para conocer de cualquier conflicto que haya surgido o pueda surgir entre INMAC e INMEL. En consecuencia, solicita al tribunal arbitral que declare su incompetencia para conocer de la disputa planteada por INMEL contra INMAC.

4. Aun cuando demandada cuestiona la competencia del tribunal arbitral, designa conjuntamente con Hesperia Leasing a D. YYY como árbitro para conocer de la presente disputa. Se acompaña como **DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 5** su declaración de independencia e imparcialidad.

III. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

5. INMAC solicita al tribunal arbitral:

- Que se declare incompetente para conocer del presente arbitraje.
- En caso de declararse competente, INMAC se adhiere a los argumentos y a la petición presentados por Hespe Leasing en su respuesta a la solicitud de arbitraje.

Barataria, 17 de diciembre de 2009

Fdo. Timonel de Carcajona

Representante legal de Industrias Macapagal, S.L.

Documento de la respuesta a la solicitud nº 1

D. Felipe Gómez Samper, en su calidad de consejero delegado de la Compañía Hesperia Leasing Co. y Dña. María Campo Rodríguez, en su calidad de consejera delegada de la Compañía Industrias Macapagal SL. autorizan a D. Timonel de Carcajona para que asuma la defensa jurídica de la Compañía Hesperia Leasing Co. e Industrias Macapagal SL. en el procedimiento arbitral iniciado ante la Corte de Arbitraje de Madrid por la Compañía Industrial Melquíades SA.

Lo hacemos constar a todos los efectos oportunos.

10 de diciembre de 2009

Fdo. Felipe Gómez Samper
Consejero Delegado de la Compañía Hesperia Leasing Co.

Fdo. María Campo Rodríguez
Consejera Delegada de la Compañía Industrias Macapagal SL.

Documento de la respuesta a la solicitud n° 2

Circular no. 323/1999 del Ministerio de Industria. Pautas descriptivas sobre metales y aleaciones

[...]

Anexo I. Componentes químicos y durezas del acero

XIII.

1. Los aceros se dividen generalmente en aceros blandos, aceros para componentes industriales y aceros para herramientas y superiores.
2. En general, los aceros blandos poseerán una dureza inferior a 120 HB; los aceros para componentes industriales inferior a 500 HB; y los aceros para herramientas y superiores, incluso hasta una dureza superior a 500 HB.

[...]

Documento de la respuesta a la solicitud n° 3

Testimonio de D^a Petra Cotes. Responsable del Equipo Técnico Instalador del Centro de Mecanizado por Control Numérico Modelo A464-07

[...]

El transporte se retrasó 3 horas respecto del horario previsto. [...] El montaje y la puesta en marcha del centro de mecanizado careció de incidencias técnicas o de otro tipo, y se realizó en el tiempo previsto (en dos semanas); finalizando a las 23:05 horas del 15 de octubre de 2009. A continuación, el personal de INMEL nos indicó que procederían a realizar “una serie de tests y ajustes de rutina, para ver cómo se comporta la bestia”. El personal de INMEL parecía animado. Los primeros tests se realizaron con láminas de PVC. A las 0:05 horas, el capataz indicó que “Aquí tenemos para largo. Podéis ir, que yo creo que está todo bien”. Siguiendo sus instrucciones, nos marchamos al hotel, dormimos unas horas, y tomamos el avión de las 05:30 de la mañana.

[...]

Documento de la respuesta a la solicitud n° 4

Informe realizado por el equipo técnico de CHAPUSA sobre los problemas de un Centro de Mecanizado por Control Numérico Modelo A464-07

[...]

De acuerdo con el examen realizado a la maquinaria el problema parece provenir de la introducción de materiales inadecuados para la capacidad del centro de mecanizado. La herramienta de fresado y desbaste se encontraba preparada para moldear PVC, aluminio, y acero de hasta 350-400 HB. La introducción de acero de dureza superior provocaría el recalentamiento excesivo de la maquinaria. El mecanismo de seguridad de la máquina provocaría su apagado automático; resultando imposible reiniciar la tarea hasta que se hubiese enfriado. Al reiniciarla posteriormente, considerando que el problema de fondo subsistiría, el proceso se repetiría, con recalentamiento, apagado automático, y necesidad de esperar y reiniciar.

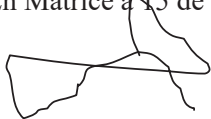
Documento de la respuesta a la solicitud nº 5

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D. YYY DECLARA:

1. Que **ACEPTO** actuar con árbitro en el procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (en adelante “la Corte”) entre COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES y HESPERIA LEASING ./ INDUSTRIAS MACAPAGAL
2. Que **CONOZCO** el vigente Reglamento de la Corte y, en particular sus artículos 11, 12 y 13.
3. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos de dicho Reglamento y acepto ser remunerado de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 47.
4. Que **POSEO** las cualificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la Corte y no estoy impedido de *iure* o *de facto* para el ejercicio de mis funciones como árbitro.
5. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 17.1 de la vigente Ley de Arbitraje y en el artículo 11 del Reglamento de la Corte.
6. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 15 de diciembre de 2009



Firma del Árbitro



CARTA A LAS PARTES A ENVIAR POR CORREO ELECTRÓNICO

A la Atención de D. Facundo Rocental
En representación de **COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES**

A la Atención de D. Timonel de Carcajona
En representación de **HESPERIA LEASING ./ INDUSTRIAS MACAPAGAL**

C/C Árbitro nombrado por la demandante
Árbitro nombrado por las demandadas

Madrid, 22 de diciembre de 2009

Muy Sres. nuestros:

Procedimiento arbitral nº 70/2009

Estimados Sres.

Nos es grato comunicarles que esta Corte en aplicación del Art. 13 de su Reglamento, ha designado para resolver el arbitraje que no has sido sometido a D. ZZZ como Presidente del Tribunal Arbitral. La Secretaría de la Corte actuará como Secretario del presente arbitraje.

A los efectos de lo previsto en el Art. 23 del Reglamento, el Tribunal Arbitral contactará a las partes, con el fin de acordar los distintos puntos de la 1ª Orden procesal.

Adjunto enviamos carta de aceptación del árbitro así como su declaración de independencia e imparcialidad.

Le saludamos muy atentamente,

ORDEN PROCESAL N° 1

Arbitraje N° 70/2009 bajo las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid

Demandante: Industrial Melquíades SA

Calle Benzina 6, Incaica, Andina.

rocental@rabogados.and

Demandados: Hesperia Leasing Co. / Industrias Macapagal SL

Calle Sastre 28, Barataria, Cervantia

t.carcajona@abogados.cer

Matrice, 8 de enero 2010

La presente controversia arbitral tiene lugar entre Industrial Melquíades SA (INMEL) y Hesperia Leasing Co. (Hespe Leasing) e Industrias Macapagal SL (INMAC).

El tribunal arbitral, de acuerdo con el art. 23 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y tras consultar a las partes emite la presente Orden Procesal, por la que se establece:

1. Que tanto la parte demandante como la parte demandada podrán solicitar aclaraciones sobre los hechos del caso hasta el día 8 hasta el 18 de enero de 2010. Una vez presentadas las solicitudes de aclaraciones, el Tribunal Arbitral emitirá la Orden Procesal n° 2, en la cual figurarán las respuestas a las solicitudes de aclaración que resulten pertinentes para la resolución de la controversia.
2. Que la parte demandante deberá presentar su escrito de demanda en fecha no posterior al 8 de marzo de 2010.
3. Que la parte demandada deberá presentar su escrito de contestación a la demanda en fecha no posterior al 3 de mayo de 2010.
4. Una vez entregados los escritos de demanda y contestación a la demanda las partes quedarán emplazadas para las sesiones de vista oral, que tendrán lugar en Matrice, durante los días 28 de junio a 2 de julio de 2010.

5. Que la parte demandante y demandada deberán limitarse, tanto en sus escritos de demanda y contestación como en la vista oral, a discutir los asuntos siguientes:

- Si el Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre el fondo de la presente controversia tanto con relación a Hespe Leasing como con relación a INMAC.
- Si el centro de mecanizado por control numérico modelo A464-07 era un bien conforme al contrato
- Si, caso de ser defectuoso, la parte demandante poseía el derecho a rechazar el bien y a solicitar un bien sustitutivo. Asimismo, las partes deberán discutir si el bien fue, o no, objeto de aceptación por la parte demandante
- Si la naturaleza de la relación de Hespe Leasing Co. y la demandante justifica su asunción de responsabilidad de la primera frente a la segunda por los problemas acaecidos con el bien objeto del contrato
- Si, más allá de dicha relación, existen otros elementos que justificarían la asunción de responsabilidad en el presente caso, tales como en su caso la responsabilidad derivada por la privación de la pacífica posesión y por el pacto con el suministrador de la renuncia al derecho a solicitar una máquina nueva
- Si la naturaleza del defecto y la posición de Hespe leasing justificarían la interrupción del pago de las cuotas, así como la solicitud de daños y perjuicios por la parte demandante. Los escritos de demanda y contestación deberán limitarse a discutir la posibilidad de hacer valer estas reclamaciones económicas, mientras que la determinación de su cuantía quedaría fijada para una audiencia posterior.

6. El idioma del arbitraje es el español y el lugar del arbitraje en Matrice.

7. Se emplearán los medios electrónicos para transmitir las comunicaciones. El correo electrónico a efectos de las comunicaciones será: casopractico@mootmadrid.es.

Fdo. _____

Presidente del Tribunal Arbitral

ORDEN PROCESAL N° 2

Arbitraje N° 70/2009 bajo las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid

Demandante: Industrial Melquíades SA

Calle Benzina 6, Incaica, Andina.

rocental@rabogados.and

Demandados: Hesperia Leasing Co. / Industrias Macapagal SL

Calle Sastre 28, Barataria, Cervantia

t.carcajona@abogados.cer

Matrice, 28 de enero 2010

De acuerdo con las instrucciones contenidas en la Orden Procesal número 1, el tribunal arbitral tras recibir las solicitudes de aclaración presentadas por las partes emite la presente Orden Procesal n° 2:

A. CORRECCIÓN DE ERRATAS

- Donde en el párrafo 35 de la página 9 se dice “el Convenion” deberá decir “la Convención”.
- Donde en el párrafo 14, página 35 se dice “olvidó omitir” deberá decir “omitió”.

B. ACLARACIONES

a. GENERALES

1. ¿El extracto de las cláusulas contractuales y condiciones generales que se incluye en las pruebas documentales representa los aspectos relevantes para la resolución de la controversia?

Sí. Las cláusulas incluidas en los documentos de prueba incluyen la información necesaria para la resolución de la controversia.

2. ¿Todas sociedades participantes en la controversia se encuentran debidamente inscritas en los correspondientes Registros? ¿Todas las personas que actúan en nombre y representación de las partes han sido correctamente designadas y apoderadas?

Sí.

3. ¿Quién redactó los documentos contractuales? ¿Tuvo INMEL acceso a su contenido?

Hespe Leasing redactó la Carta de Confirmación/Clausulado básico, Hesperia General las Condiciones Generales e INMAC el contrato de suministro. Las Condiciones Generales de Hesperia General se encuentran disponibles en su página web. Tras enviar la documentación al Sr. Buendía, la Sra. del Carpio confirmó por teléfono la recepción y el acceso a las condiciones generales.

b. SUMINISTRO Y CONFORMIDAD

4. ¿Cuál es el Derecho vigente en materia de compraventa internacional en Cervantia, Andina y Ferosa?

Los tres Estados han ratificado (sin reservas) la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

5. ¿Es homogéneo el método de medición de la dureza del acero en los países involucrados?

Sí. La escala Brinnell es un método de medición de la dureza del acero internacionalmente reconocido.

6. ¿Es voluntaria la omisión de la palabra “níquel” en el párrafo 13, página 35 del relato de hechos de la Respuesta a la Solicitud de Arbitraje de Hespe Leasing, respecto de lo manifestado por INMEL en los párrafos 10 y 16 (páginas 5 y 6 respectivamente) así como en el documento de la solicitud de la demanda n° 4?

No. La enumeración de los aleantes generalmente empleados en la fabricación de acero no es exhaustiva, sino ejemplificativa en todos los casos.

7. ¿Cuáles fueron los materiales introducidos que causaron los problemas a la máquina?

En el periodo de pruebas, tras introducir PVC y aluminio, se trató de procesar acero de dureza Brinnell superior a 500. El acero estaba destinado a fabricar pernos, pistones y otras piezas para las sociedades de automoción Incaica Motor SA y Ferosa Automóvil SA pertenecientes al Grupo SAC Motor.

8. ¿Eran conocidas las características técnicas de la máquina modelo A464-07?

La información comercial del modelo A464-07 disponible en la web de INMAC hacía una referencia genérica a su capacidad para “forjar, torneear y fresar todo tipo de materiales, desde PVC a acero, pasando por el aluminio”. No contenía más referencias específicas.

9.1. ¿Se facilitó un Manual de uso junto con la máquina que contuviera las especificaciones sobre el tipo de material que la máquina podía procesar?

Sí.

9.2. ¿En algún momento el personal de INMEL ojeó el manual?

No. De acuerdo con las indicaciones de INMAC, si surgía cualquier problema con la máquina el personal de INMEL no debía tocar la máquina, sino contactar inmediatamente con INMAC.

10. ¿Cuándo conocieron las demandadas los detalles sobre el acero utilizado por INMEL?

El examen realizado en las instalaciones de CHAPUSA por sus profesionales junto con el equipo dirigido por la Sra. Cotes tuvo lugar con anterioridad a la comunicación del 31 de octubre de 2009 (Documento de la solicitud nº 11).

11. ¿Por qué el Sr. Buendía no se comunicó con INMAC mientras estuvo ausente?

El Sr. Buendía se desplazó en persona para reunirse con representantes del Grupo SAC Motor, y tratar así tanto cuestiones de suministro, como otras relativas a estrategias comerciales. En este caso, con ocasión de la presentación del plan estratégico de SAC Motor, el Sr. Buendía acudió a una serie de presentaciones; primero, en la sede principal y, posteriormente, en seis centros regionales del Grupo. Finalmente, negoció los nuevos acuerdos marco de colaboración, suministro y transferencia de tecnología.

Durante estas semanas de intensa actividad laboral no comprobó la situación, al entender que se cumplirían las medidas solicitadas para solventar los problemas con la máquina.

12. ¿Existió algún tipo de comunicación adicional entre las partes donde se trataran aspectos relativos a la dureza del acero y la capacidad de la máquina?

No. Las comunicaciones entre las partes son las aportadas como documentos de prueba.

13. ¿Establecieron las partes alguna cláusula específica relativa a los gastos ocasionados por fallos técnicos o mantenimiento de la máquina?

No.

14. ¿Cuál fue el modelo de máquina finalmente adquirido por INMEL a ARTESA?

El modelo adquirido fue el C-765-06.

c. LEASING

15. ¿Cuál es la situación del Derecho Aplicable al Arrendamiento de Bienes Muebles en Cervantia y en los demás países?

Cervantia ratificó sin reservas la Convención de Ottawa en 1997 (Andina y Ferosa la ratificaron en 1999 y 2002 respectivamente, también sin reservas). Con posterioridad (febrero de 2009), Cervantia adoptó como Derecho interno la Ley Modelo de UNIDROIT sobre Leasing.

16. ¿Cuál es la estrategia comercial y las particularidades del servicio de Hespe Leasing?

En su programa “El Leasing del Siglo XXI” (documento publicitario disponible en su página web) Hespe Leasing incluye referencias como las descritas por INMEL en su primera comunicación (Documento de la solicitud nº 2). Entre los servicios que presta pueden destacarse la elaboración de listas de proveedores por zona geográfica, rankings de proveedores y maquinarias, listas de puntos de asistencia técnica, e intercesión.

Proveedores: en su página de evaluaciones los clientes de Hespe Leasing, y sus propios empleados, califican a los proveedores atendiendo a la entrega, gestión, asistencia técnica, fiabilidad de los bienes, etc. En una escala del 1 al 10 INMAC recibió 9, 9,5,

8,5 y 8 en los ejercicios 2005 a 2008. Sobre esta base, Hespe Leasing ha construido una relación directa con algunos proveedores, que permitía agilizar los trámites documentales, aprobar cada operación y planificar el cuadro de amortización de modo más ágil y rápido.

Asistencia técnica: en su página Hespe Leasing incluía listas de proveedores de servicios de asistencia técnica, calificados en modo similar a los proveedores de maquinaria. CHAPUSA había recibido calificaciones de 9, 7,5, 10 y 8, si bien el número de evaluaciones fue muy reducido en cada caso como para convertir el resultado en significativo. INMAC era quien tenía más experiencia con CHAPUSA.

Intercesión: Este conocimiento acumulado ha permitido a Hespe Leasing en el pasado intervenir cuando surgía un problema de retraso o falta de conformidad. En ocasiones bastó facilitar a las partes el contacto de los talleres de asistencia técnica; y, en algún caso, el personal de Hespe Leasing llamó personalmente para poner en su conocimiento que les sería enviado un activo con un determinado problema. En general la posibilidad de recibir una evaluación negativa suponía incentivo suficiente para los proveedores o prestadores de asistencia técnica.

17. ¿Cuál es la relación entre Hespe Leasing (y su matriz) e INMAC? ¿Y de INMAC con CHAPUSA?

Las relaciones comerciales se gestionaban al nivel de Hespe Leasing e INMAC. Se trata de una relación estrecha, pero sin ningún vínculo accionarial. Ambas sociedades han compartido clientes con asiduidad o presentado propuestas de optimización de la calidad del servicio en foros internacionales sobre adquisición de activos.

La actividad de CHAPUSA es la reparación, revisión y control de seguridad de maquinaria industrial y de automoción. CHAPUSA es uno de los talleres de confianza de INMAC para la región de Andina; con quien posee acuerdos de asistencia técnica.

18. ¿Han debido afrontar Hespe Leasing e INMAC algún tipo de reclamación en el pasado?

En 2003 y 2005 la entrega de diversos equipos industriales de INMAC se retrasó varias semanas. En ambos casos los arrendatarios solicitaron un aplazamiento del pago de las cuotas, y el problema se solucionó mediante la negociación.

19. ¿Existió alguna comunicación entre INMEL e INMAC anterior al 27 de agosto de 2009 (Documento de la solicitud n° 4)?

No.

20. ¿Quién autorizó el traslado de la máquina desde las instalaciones de INMEL?

El Sr. Buendía había dejado instrucciones para que el personal de INMEL facilitase el acceso al personal de INMAC para la recogida de la máquina, entendiéndose que INMAC procedería a entregar una máquina nueva tras llevarse la anterior.

21. ¿Qué ocurrió con la máquina después de que Hespe Leasing recuperara la posesión?

Hespe Leasing vendió la máquina a un tercero. El precio de venta sumado a las cuotas satisfechas por INMEL cubrió las cuotas dejadas de pagar.

22. ¿Llegaron Hespe leasing e INMAC algún tipo de acuerdo al surgir la controversia?

Hespe Leasing e INMAC concluyeron un acuerdo por el cual sus intereses contarán con una única representación letrada. Ambas partes se reservan el derecho a repetir contra la otra una vez finalizado el presente procedimiento.

23. ¿Quién figuraba como titular registral de la máquina?

Hasta su posterior venta, Hespe Leasing era el titular registral de la máquina.

d. ARBITRAJE

24. ¿Cuál es el derecho vigente en materia de arbitraje en Cervantia, Andina y Ferosa

Los tres Estados han adoptado la Ley Modelo de CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional, en su versión de 2006, y han ratificado (sin reservas) la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

25. ¿Existe alguna precisión adicional en el contrato de suministro relativa al arbitraje?

No. Únicamente contiene lo dispuesto en la cláusula 21: *“Un árbitro único resolverá, en Matrice, las controversias que surjan sobre la interpretación de este contrato de conformidad con el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid en vigor a la firma del presente contrato”*.

26. ¿Cuál era la experiencia de las partes en materia de arbitraje?

Todas las partes poseen algún tipo de experiencia en materia de arbitraje internacional. Hespe Leasing posee una experiencia más dilatada, desde 2004, año en que se introdujo la cláusula de arbitraje en las condiciones generales del Grupo Hesperia General.

II COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL
(MOOT)

MADRID – 8 ENERO A 2 JULIO 2010

ESCRITO DE DEMANDA



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS MADRID (ICADE)

EN REPRESENTACIÓN DE:

CONTRA:

COMPAÑÍA INDUSTRIAL MELQUÍADES S.A.
AVDA. AURELIANO BUENDÍA, NO. 112
CIUDAD DE INCAICA
ANDINA

HESPERIA LEASING CO
AVDA. GINÉS DE PASAMONTE, NO. 47
BARATARIA
CERVANTIA

Y

INDUSTRIAL MACAPAGAL SL
CARRETERA DE TAGAL, KM. 20
LUZONIA
FERMOSA

DEMANDANTE

DEMANDADOS

CARMEN ALFONSO RICO ▪ F. JAVIER MARTÍNEZ DÍAZ
SEBASTIÁN MEJÍA GARCÍA ▪ REKA PALLA BARROS
VICTORIA PÉREZ DE LA CRUZ OÑA ▪ MARTA SÁNCHEZ-BLANCO GÓMEZ-GIL

CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	V
AUTORIDADES CITADAS	VII
JURISPRUDENCIA CITADA	XII
LAUDOS CITADOS.....	XIV
RELATO DE HECHOS	1
 CUESTIONES JURISDICCIONALES.....	 2
 CUESTIÓN 1: EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIDAD ENTRE INMEL Y HESPE.....	 2
A. LA INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LAS CLS. DE SOMETIMIENTO DE DISPUTAS CONTENIDAS EN LA CARTA DE CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO PARA EL ARRENDAMIENTO –CL. 17- Y EN LA DE LAS CONDICIONES GENERALES PARA LA CONTRATACIÓN DEL GRUPO HESPERIA –CL. 41-	2
B. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN <i>CONTRA PROFERENTEM</i> A LA RELACIÓN ENTRE INMEL Y HESPE	3
C. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN <i>FAVOR NEGOTII</i> A LA RELACIÓN ENTRE INMEL Y HESPE.....	4
 CUESTIÓN 2: EL TRIBUNAL ARBITRAL ES IGUALMENTE COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIDAD SURGIDA ENTRE INMEL E INMAC.....	 4
A. LA EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA CL. DE ARBITRAJE A INMAC EN VIRTUD DE LA TEORÍA DE LOS GRUPOS DE CONTRATOS	4
B. LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA CL. DE ARBITRAJE A INMAC EN VIRTUD DE LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO Y LA INTERFERENCIA.....	6
C. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DE ECONOMÍA PROCESAL AL PRESENTE CASO	7
 CUESTIÓN 3: INMEL HA CUMPLIDO CON EL REQUISITO PREVIO DE NEGOCIACIÓN DE BUENA FE DEJANDO EXPEDITA LA VÍA ARBITRAL.....	 8
 CUESTIONES RELATIVAS AL FONDO DEL ASUNTO.....	 9
 CUESTIÓN 4: LA RELACIÓN ENTRE LA DEMANDANTE Y HESPE ES UN ARRENDAMIENTO NO FINANCIERO REGULADO POR LA LEY MODELO UNIDROIT DE ARRENDAMIENTO.....	 9
A. LA RELACIÓN ENTRE EL DEMANDANTE Y HESPE ES UN ARRENDAMIENTO NO FINANCIERO POR NO CUMPLIR CON LOS REQUISITOS ESENCIALES ESTABLECIDOS PARA LA CALIFICACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS.....	9
I. La definición de contrato de arrendamiento financiero debe hacerse de acuerdo con la interpretación de sus elementos esenciales	9
II. La selección del proveedor y del activo la realiza la Demandante, basándose primordialmente en la habilidad y juicio de Hespe	9
III. Los derechos sobre la máquina que obtiene la Demandante a raíz de la relación jurídica no pueden asimilarse a los del propietario de la misma	10

B. LA LEY APLICABLE A LA RELACIÓN ENTRE LA DEMANDANTE Y LOS DEMANDADOS ES LA LML	10
C. LA RELACIÓN OBJETO DE LA CONTROVERSIA ES UNA RELACIÓN TRIPARTITA QUE CONECTA UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO FINANCIERO INTERNACIONAL Y UN CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL	11

CUESTIÓN 5: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS DEMANDADAS.11

A. POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO NO FINANCIERO HESPE RESPONDE FRENTE A LA DEMANDANTE DEL MISMO MODO QUE INMAC HABRÍA RESPONDIDO FRENTE A LA DEMANDANTE DE HABERSE TRATADO DE UN ARRENDAMIENTO FINANCIERO.	11
B. LA RESPONSABILIDAD DE HESPE DERIVA DEL INCUMPLIMIENTO DE INMAC POR LA FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN PARA SU USO ORDINARIO Y POR TANTO SE TRATA DE UNA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.	12

CUESTIÓN 6: FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 35(2) CNUCCIM. .13

A. LA MÁQUINA NO ERA UN BIEN CONFORME A CONTRATO DE ACUERDO AL ART. 35(2)A) CNUCCIM POR FALTA DE APTITUD PARA LOS USOS A LOS QUE ORDINARIAMENTE SE DESTINAN MERCADERÍAS DEL MISMO TIPO.....	13
I. La conformidad del bien bajo el art. 35(2)a) CNUCCIM se determina en función de estándares de calidad en atención a los cuales la Máquina no era un bien conforme a contrato.	13
II. Inmac debería haber preguntado a la Demandante sobre el uso concreto al que iba a destinar la Máquina.....	16
i. La obligación del vendedor bajo el art. 35(2)a) CNUCCIM no se configura en base a las expectativas del vendedor sobre el uso ordinario concreto al que el comprador vaya a destinar el bien.	16
ii. La fabricación de componentes de acero de dureza 560 HB forma parte del uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina.	17
iii. Por tanto, era responsabilidad de Inmac haber preguntado a la Demandante sobre el uso concreto al que iba a destinar la Máquina	17
III. Por tanto, la Demandada debía de haber conocido el uso al que la Demandante iba a destinar la Máquina.	18
B. EL USO ORDINARIO DE MÁQUINAS DEL MISMO TIPO QUE LA MÁQUINA NO SE LIMITA A PROCESAR ACERO DE DUREZA INFERIOR A 400 SINO QUE ABARCA EL MOLDEAR ACERO DE DUREZA 560	18
I. Los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías de este tipo no quedan limitados al procesamiento de aceros de dureza inferior a 400 sino que comprenden dureza de 560.....	19
i. Desestimar los criterios no válidos para la definición de uso ordinario.....	19
ii. Definir uso ordinario correctamente de acuerdo a criterios que satisfagan las reglas para la interpretación de los contratos contenidas en la CNUCCIM	20
II. Se le proporcionó a Inmac la suficiente información como para que ,de haberse tratado de un uso particular, hubiera nacido la obligación de Inmac de proporcionar un bien conforme a dicho uso.	20
i. La Demandante comunicó a Inmac el propósito general para el que iba a utilizar la Máquina	21
ii. La Demandante confió en la experiencia de Inmac y dicha confianza era razonable.	21

CUESTIÓN 7: LA DEMANDANTE HA CUMPLIDO CON TODAS SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y ESTABA FACULTADA PARA RECHAZAR EL BIEN Y SUSPENDER EL PAGO DE LAS CUOTAS DE LEASING22

A. INMEL, DADA LA FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN, TENÍA DERECHO A ACEPTAR EL BIEN, RECHAZARLO O RESOLVER EL CONTRATO	22
B. INMEL NO ACEPTÓ EL BIEN	22
C. INMEL TENÍA DERECHO A RECHAZAR EL BIEN Y SOLICITAR UN BIEN SUSTITUTIVO	22
I. La aplicación de la Ley Modelo otorga el derecho a Inmel de solicitar un bien sustitutivo	23
II. La interpretación de la Ley Modelo conforme a los Principios UNIDROIT otorga el derecho a Inmel a solicitar un bien sustitutivo	23
III. La aplicación de la CNUCCIM como <i>lex mercatoria</i> , supliendo las lagunas de la LML otorga el derecho a Inmel de solicitar un bien sustitutivo.....	23
D. AUNQUE SE ESTIME QUE EL BIEN FUE OBJETO DE ACEPTACIÓN POR PARTE DE INMEL, ÉSTA TENÍA DERECHO A RECHAZARLO Y SOLICITAR UN BIEN SUSTITUTIVO	25
E. INMEL TENÍA DERECHO A INTERRUPTIR EL PAGO DE LAS CUOTAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE LEASING	26

CUESTIÓN 8: MÁS ALLÁ DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL, EXISTEN OTROS ELEMENTOS QUE JUSTIFICAN LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS.....26

F. LAS DEMANDADAS ACTUARON EN PERJUICIO DE LA DEMANDANTE AL NO PROCURARLE UN BIEN SUSTITUTIVO EN UN TIEMPO RAZONABLE	26
G. HESPE NO GARANTIZÓ LA POSESIÓN PACIFICA DEL BIEN, PERJUDICANDO ASÍ A LA DEMANDANTE, E INCUMPLIENDO UNA DE SUS OBLIGACIONES.....	26

CUESTIÓN 9: AUNQUE SE CONSIDERE QUE LA RELACIÓN QUE UNE A LA DEMANDANTE Y HESPE ES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO, LAS DEMANDADAS SIGUEN INCURRIENDO EN RESPONSABILIDAD27

A. EN CASO DE CONSIDERARSE EL CONTRATO COMO UN ARRENDAMIENTO FINANCIERO, RESULTA DE APLICACIÓN LA CONVENCIÓN DE UNIDROIT SOBRE ARRENDAMIENTO FINANCIERO INTERNACIONAL	27
B. INMAC Y HESPE SON SOLIDARIAMENTE RESPONSABLES ANTE INMEL POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y LOS DAÑOS CAUSADOS.....	27
C. EL BIEN SUMINISTRADO NO ERA UN BIEN CONFORME AL CONTRATO DE SUMINISTRO	28
D. INMEL TENÍA, DE CONFORMIDAD CON LA LEY APLICABLE, DERECHO A RECHAZAR EL BIEN Y A SOLICITAR UN BIEN SUSTITUTIVO	28
E. INMEL ACTUÓ, AL INTERRUPTIR EL PAGO DE LAS CUOTAS, DE CONFORMIDAD CON LOS DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.....	28
F. LA DEMANDADA NO GARANTIZÓ LA POSESIÓN PACIFICA DEL BIEN, PERJUDICANDO ASÍ A LA DEMANDANTE, E INCUMPLIENDO UNA DE SUS OBLIGACIONES.....	29

PETICIONES DE LA DEMANDANTE QUE SE SOMETEN AL TRIBUNAL ARBITRAL30

ABREVIATURAS

¶/¶¶	párrafo/párrafos
Art.	Artículo
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Cl.	Cláusula
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Viena 1980.
CNY	Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nueva York 1958.
COAF	Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional. Ottawa 1994.
DOC. RESP. N°	Documento de respuesta a la solicitud N°
DOC. SOL. N°	Documento de la solicitud N°
LMA	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
LML	Ley Modelo de UNIDROIT sobre Leasing
Máquina	Máquina modelo A464-07 de la sociedad Inmac entregado a Inmel en virtud del contrato de leasing
nov.	noviembre
oct.	octubre
ORD. PROC.	Orden Procesal
p./pp.	página/páginas
PDEC	Principios de Derecho Europeo de los Contratos.
PU04	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004
RCAM	Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid
RESP.SOL.	Escrito de respuesta a la solicitud
sept.	septiembre

SOL.	Escrito de solicitud
ss.	siguientes
U.S.	United States (Estados Unidos de América)

AUTORIDADES CITADAS

- Achilles, W.A.** Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied, Luchterhand, 2000, art. 35, No. 6
Citado como: *ACHILLES*
(¶ 87)
- Aynès, Laurent** “Comentario Casos: March 5, 1991 –Pepratx v. Fichou; March 29, 1990 – Société Sofremines v. Société Samin”
Revista Arbitraje 1992, p.72
Citado como: *AYNÈS*
(¶ 20)
- Bernstein, Herbert y Lookofsky, Joseph** *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law, The Hague, International, 1997, p. 59-60
Citado como: *BERNSTEIN Y LOOKOFSKY*
(¶¶ 85,94)
- Bey, El Mokhtar** Rights and duties of parties under model law, The preliminary draft model law on leasing established by a UNIDROIT advisory board as authorized for transmission to governments for finalization by the UNIDROIT Governing Council: An introduction to its objectives and basic features
International Institute for Unification of Private Law in co-operation with the Government of South Africa. Johannesburg, 7 May 2007.
Citado como: *BEY*
(¶ 60)
- Bianca, C.** Bianca, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffré: Milan (1987)
Citado como: Bianca
(¶¶ 77, 83, 89, 113, 119, 120)
- Bjorklund, A.K.** “*The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*”
International Investment Law and Arbitration, Todd Weiler (ed.), Londres, Cameron May, 2005, pp.471-523, espec.486-496.;
Citado como: *BJORKLUND*
(¶ 35)
- Castillo Triana, Rafael** *The UNIDROIT Model Law on Leasing: Background, foundation and application*. FTAA Consulting Featured Article.
Disponibile en <http://www.ftaaconsulting.com/UNIDROIT.pdf>
Citado como: *CASTILLO TRIANA*
(¶¶ 43, 129, 130, 154)

- Comentarios de la Secretaría** *Secretariat Commentaries on the 1978 CISG draft.*
Comentarios oficiales de la Secretaría de las Naciones Unidas al borrador de 1978 de la CNUCCIM.
 Debe ser interpretado en tanto que los artículos de dicho borrador coincidan con la versión final de 1980.
 Citado como: *COM. SEC.*
 (§§ 76, 97, 98, 115, 141, 146)
- Comentarios Oficiales a los Principios Unidroit 2004** *Official language versions of the UNIDROIT PRINCIPLES of International Commercial Contracts 2004. Integral version. Official commentaries.*
 Disponible en:
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>
 Citado como: *P. UNIDROIT*
 (§ 136)
- Cserne, Peter** *“Policy consideration in contract interpretation: the contra proferentem rule from a comparative law and economics perspective”*
 Műhelytanulmányok / working papers, 2007
 Citado como: *CSERNE*
 (§ 14)
- Cuming, Ronald C.C.** *Model Rules for Lease Financing: A Possible Complement to the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*
 UNIDROIT, Octubre 2005
 Citado como: *CUMING*
 (§ 51, 60)
- De Boisseson, M.** *“Le droit français de l’arbitrage interne et international*
 GLN Joly Ed., Paris, 1990
 Citado como: *BOISSESON*
 (§ 37)
- Delebecque, P.** *Comentario a la decisión de la Corte Suprema francesa de 16 July 1992 Tareau v. Martin*
 1993 Rev Arb. 611
 Citado como: *DELEBECQUE*
 (§ 34)
- Domínguez Pérez, Eva M.** *Consideraciones en torno al leasing internacional a la luz del Convenio UNIDROIT sobre leasing internacional (Ottawa, 28 de mayo de 1988).*
 Madrid, Revista de Derecho Mercantil, nº 254, p. 1503-1542
 Citado como: *DOMÍNGUEZ*
 (§§ 60, 62, 63)
- Enderlein, Fitz y Maskow, Dietrich** *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992
 Citado como: *ENDERLEIN Y MASKOW*
 (§ 77)

- Folsom, Gordon & Spanogle** International Business Transactions in a Nut Shell, 3d ed., West (1988), p. 88
Citado como: *FOLSOM, GORDON & SPANOGLE*
(¶ 98)
- Fontaine, Marcel** *Draft Chapter on Plurality of Obligors and/or Obligees*, Working Group for the Preparation of Principles of International Commercial Contracts (3rd), Third Session, Rome, 26-30 May, 2008. UNIDROIT
Citado como: *FONTAINE*
(¶ 72)
- Hanotiau, Bernard** “*Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class actions*”
Kluwer Law International 2006
Citado como: *HANOTIAU*
(¶¶ 24,25)
- Heuzé, V.** *La vente internationale de marchandises*, GLN Joly, Poly, 1992, p. 219
Citado como: *HEUZÉ*
(¶ 87)
- Illescas Ortiz, Rafael** *El “leasing”: Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*. Madrid, Revista de Derecho Mercantil, nº 119, enero-marzo 1971.
Citado como: *ILLESCAS*
(¶ 46)
- Illescas Ortiz, Rafael y Pilar Perales Viscasillas** Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003
Citado como: *ILLESCAS Y PERALES*
(¶ 98)
- Jarvin, S.** “*L’obligation de coopérer de bonne foi, exemples d’application au plan de l’arbitrage international*” en “*L’apport de la jurisprudence arbitral*” CCI, 1986
Citado como: *JARVIN*
(¶ 37)
- Kruisinga, Sonja** (Non-) conformity in the 1980 UN Convention on the Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept? (2004), p. 31.
Citado como: *KRUISINGA*
(¶ 94)
- Kuhn, W.** “*How to Avoid Conflicting Awards: the Lauder and CME Cases*”, The Journal of World Trade & Investment, Vol.4, nº.1, 2004
Citado como: *KUHN*
(¶ 35)
- Lando, Ole, Eric Clive, André Prüm y Reinhard Zimmermann** *Principles of European Contract Law, Part III*, Kluwer Law International, 2003.
Citado como: *PECL*
(¶ 72)

- Leboulanger, Philippe** "Multi-Contract arbitration", I.L.A., 1996, vol. 13, núm. 4
citado como: *LEBOULANGER*
(¶¶ 19, 20)
- López y López, Angel** "La interpretación del contrato"
Derecho de obligaciones y contratos, Valencia, 1995
Citado como: *LÓPEZ Y LÓPEZ*
(¶ 11)
- Maley** *The Limits to the Conformity of Goods in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, International Trade & Business Law Review
Citado como: *MALEY*
(¶¶ 76, 93, 113)
- Obadía, E.** "ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues"
News from ICSID, Vol.18, n.º.2,
Citado como: *E. OBADÍA*
(¶ 36)
- Perales, M^a del Pilar** El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980), 2001
Citado como: Perales
(¶¶ 93, 98)
- Pryles, Michael** "Multi-tiered dispute resolution clauses. *Journal of International Arbitration*"
Presentación en la Conferencia de la ICCA, Nueva Delhi, 2000
Citado como: *PRYLES*
(¶ 3)
- Rizzo, V** Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa
Ed. Camerino, Italia, 1983
Citado como: *RIZZO*
(¶ 12)
- San Juan Crucelaegui, Javier** Contratos para la financiación y garantía del comercio internacional
Thomson Civitas
citado como: *CRUCELAEGUI*
(¶ 134)
- Sánchez Lorenzo, Sixto** "La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado"
Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM
Disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2776/9.pdf
Citado como: *LORENZO*
(¶ 15)
- Schlechtriem, Peter** Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Manz, Vienna, 1986
Citado como: *SCHLECHTRIEM I*
(¶¶ 118, 120)

- Schlechtriem, Peter** *The Sellers' Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), Ch. 6, pages 6-35*
Citado como: *SCHLECHTRIEM 2*
(¶¶ 115, 119)
- Stanford, Martin** *UNIDROIT's Preparation of a Model Law on Leasing: the Crossing of New Frontiers in the Making of Uniform Law. Uniform Law Review, 2009, p. 578-598*
Citado como: *STANFORD*
(¶ 60)
- Terré, François, Philippe Simler y Yves Lequette** *Les contrats complexes, les ensembles contractuels, Droit Civil: Les obligations. Dalloz, 2009, p. 368-375*
Citado como: *TERRE*
(¶¶ 19, 59)
- Train** *Comentario de sentencia Cámara Primera de la Corte de Apelación de París*
Revista de Arbitraje 1252, 2003
Citado como: *TRAIN*
(¶ 24)
- Van Houtte, Vera** *"Consent in arbitration through agreement to printed contracts: the continental experience"*
16 International Arbitration 14 (2000)
Citado como: *VAN HOUTTE*
(¶ 31)
- Vidal Fernández, Fernando** *"El Arbitraje es función jurisdiccional"*
Revista Centro de Arbitraje Amcham, Perú, 2002
Disponible en:
www.amcham.org.pe/arbitraje/PUBLICACIONES/LAUDO/numero3.htm
Citado como: *VIDAL*
(¶ 8)
- Vulliemin, Jean-Marie** *"La extensión de la cláusula arbitral a terceros: ¿Cláusula. arbitral versus Convenio Arbitral?"*
Revista del Club Español de Arbitraje 5/2009
Citado como: *VULLIEMIN*
(¶ 29)
- Youssef, Karim** *"Consent in Context: Fulfilling the promise of international arbitration"*
Ed. WEST, 2009
Citado como: *YOUSSEF*
(¶ 29)

JURISPRUDENCIA CITADA

REINO UNIDO

Hollier vs Rabler Motors AMC, Ltd

Sentencia UK 1972

Citado como: *HOLLIER V. RABLER*

(¶ 11)

Lancashire County Council vs. Municipal Mutual Insurance Ltd.

Sentencia UK 1996

Citado como: *LANCASHIRE V. MUTUAL INSURANCE*

(¶ 17)

ALEMANIA

BGH, sentencia de 25 Enero 2007

VII ZR 105/06

Citado como: *BUNDESGERICHTSHOFH*

(¶ 13)

CANADÁ

Gateway Realty Ltd. v Arton Holding Ltd.

Nova Scotia Supreme Court 1991

Citado como: *GATEWAY V. ARTON*

(¶ 41)

PAISES BAJOS

Corte de primera instancia de Arnhem, 11 de febrero de 2009

Nacional Italiano v. Brienissen Bomen BV

Citada como: *BRIENISSEN*

(¶ 149)

ESPAÑA

Sentencia del Tribunal Supremo, 17 de enero de 2008

Nº de resolución: 18/2008

Citada como: *STS DE 17 DE ENERO DE 2008*

(¶ 143)

ESTADOS UNIDOS

U.S. District Court, Eastern Pennsylvania

Caso STEPHEN FEDERICO V. CHARTERERS, 158 F. SUPP. 2D 565, junio 2001

Citado como: *STEPHEN FEDERICO V. CHARTERERS*

(¶ 27)

U.S. Court of Appeals

Caso SPEAR, LEEDS & KELLOGG VS. CENTRAL LIFE ASSUR. CO

May 16, 1996

No. 95-7372

Citado como: *SPEAR, LEEDS & KELLOGG VS. CENTRAL LIFE ASSUR. CO*

(¶ 28)

U.S. District Court, Southern District of New York,

30 July 2001 Caso Thixomat, Inc. v. Takata Physics International

Citado como: *THIXOMAT, INC. V. TAKATA PHYSICS INTERNATIONAL*

(¶ 38)

FRANCIA

Cour de cassation, 8 de abril de 2009

Société Bati-Seul v. Société Ceramiche Marca Corona

Citada como: *BATI-SEUL V. CERAMICHE*

(¶ 156)

Cour de Cassation

6 de Febrero 2001

“Caso Peavy”

Citado como: *PEAVY*

(¶ 30)

Paris Court of Appeal

7 december 1994

“the Jaguar case”

1996 Rev. Arb. 67

Citado como: *CASO JAGUAR*

(¶ 38)

SUECIA

Svea Court of Appeals

case no. T4496-01, 16 May 2002,

Citado como: *SVEA*

(¶ 33)

LAUDOS CITADOS

SPP v. Egypt & EGOH, febrero 1983

Award, CCI no. 3493

Citado como: *CCI NO. 3493*

(¶ 19)

Caso Westland , 5 de marzo de 1984

First Interim award, CCI n° 3879

Citado como: *CCI NO. 3879*

(¶ 26)

Caso Bird & Bird, 1996

First Interim award, CCI n° 8342

Citado como: *CCI NO. 8342*

(¶ 26)

CCI n° 8708, 1997

Final Award, CCI n° 8708

Citado como: *CCI NO. 8708*

(¶ 26)

CCI n° 8910, 1998

Arbitration Award, CCI n° 8910

Citado como: *CCI NO. 8910*

(¶ 26)

CCI n° 7804, 1995

Arbitration Award, CCI n° 7804

Citado como: *CCI NO. 7804*

(¶ 31)

Caso Pertamina, de 23 de marzo de 2004

United States Court of Appeals for the Second Circuit

Citado como: *PERTAMINA*

(¶ 23)

Caso de 4 de septiembre de 1996

Arbitration Award, CCI n° 8540

Citado como: *CCI NO. 8540*

(¶ 41)

Corte de Arbitraje de Milán, diciembre 1998

N° Unilex: 8908

www.unilex.info

Citado como: *UNILEX 8908*

(¶ 135)

Caso Rijn Blend, 15 de octubre de 2002

Arbitral Award , Netherlands Arbitration Institute,number 2319

Citado como: *CASO RIJN BLEND*

(¶ 135)

Society of maritime Arbitrators, Inc., Nueva York,

Partial Final Award no. 1520 of 28 Noviembre 1980

Citado como: *MARITIME ARBITRATORS*

(¶ 38)

RELATO DE HECHOS

10 agosto, 2009	La Compañía Industrial Melquíades SA (en adelante “la Demandante” o “Inmel”) se pone en contacto con Hesperia Leasing Co (en adelante “Hespe”) para pedir su opinión sobre el mejor proveedor de la máquina que necesitaba adquirir con su financiación.
27 agosto 2009	El Demandante se pone en contacto con Industrias Macapagal SL (en adelante “Inmac”) para informarle de su elección como proveedor en la transacción para adquirir la máquina.
Sept. 2009	Hespe envía al Demandante copias del contrato de arrendamiento de maquinaria industrial y de las condiciones generales del Grupo Hesperia. Hespe e Inmac concluyen un contrato de suministro.
1-15 oct. 2009	Entrega de la máquina en las instalaciones del Demandante. Montaje y puesta en marcha por equipo de Inmac. Las pruebas finalizan sin presencia del equipo del proveedor Inmac. La máquina comienza a tener continuas paradas por problemas de recalentamiento, haciendo el proceso inviable.
16 oct. 2009	Primer contacto del Demandante con Hespe e Inmac avisando del problema surgido con la máquina, negándose a la aceptación y pidiendo su sustitución. Este mismo día Hespe e Inmac intercambian correos electrónicos consintiendo la primera a las actuaciones sobre la máquina que Inmac considere necesarias. Al cabo de pocos días el equipo de Inmac que montó la máquina se la vuelve a llevar sin informar de cuando la devolverán.
29 oct. 2009	Segundo correo electrónico del Demandante a Hespe e Inmac pidiendo explicaciones por el asombroso silencio obtenido tras su petición del día 16 y para pedir información sobre cuándo tendrán la maquinaria de nuevo.
31 oct. 2009	Inmac notifica al Demandante de que la máquina está en el taller de la empresa Chapusa, en donde puede recogerla previo pago de los costes de revisión y puesta a punto.
2 nov. 2009	El Demandante expresa en un nuevo correo electrónico su asombro por la situación y vuelve a reiterar su petición de una nueva máquina.
9 nov. 2009	Inmac explica al Demandante que las actuaciones se llevaron a cabo con el consentimiento de Hespe, adquirente de la máquina. Se pone en conocimiento del Demandante la cadena de comunicaciones entre Hespe e Inmac el día 16 de octubre.
11-12 nov. 2009	El Demandante vuelve a expresar su asombro a Hespe e Inmac y manifiesta que no tiene intención de asumir los costes debidos a Chapusa. El Demandante avisa de la interrupción de los pagos de las cuotas.
19 nov. 2009	La asesoría legal de Hespe comunica su intención de recuperar la máquina. Tras la comunicación, se persona en Chapusa, paga la cantidad debida y se lleva la máquina.
Noviembre 2009	El Demandante se ve obligado a adquirir una nueva máquina de otra empresa, y a conceder descuentos a sus clientes por el retraso en los pedidos.

CUESTIONES JURISDICCIONALES

1. La Demandante sostiene la competencia de este Tribunal Arbitral para conocer de la disputa surgida tanto en la relación entre Inmel y Hespe [CUESTIÓN 1] como del conflicto existente entre Inmel e Inmac [CUESTIÓN 2] Asimismo, Inmel ha cumplido con el requisito previo de negociación de buena fe por parte de Inmel [CUESTIÓN 3]

CUESTIÓN 1: EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA ENTRE INMEL Y HESPE

2. El Tribunal Arbitral es competente para entrar a conocer del fondo de la controversia surgida entre Inmel y Hespe al estar claramente sometida a arbitraje en virtud del contrato suscrito entre las partes. En primer lugar, de una interpretación conjunta de las cls. de sometimiento de disputas contenidas en la carta de confirmación del contrato para el arrendamiento –cl. 17- y en la de las condiciones generales para la contratación del Grupo Hesperia –cl. 41- [A]. En segundo lugar, esta es la única conclusión posible de la aplicación del principio contra proferentem [B].

A. La interpretación conjunta de las cls. de sometimiento de disputas contenidas en la carta de confirmación del contrato para el arrendamiento –cl. 17- y en la de las condiciones generales para la contratación del Grupo Hesperia –cl. 41-

3. La cl. 17 de la carta de confirmación del contrato para el arrendamiento de maquinaria industrial [DOC. SOL. N° 6], dispone que “Las partes acuerdan intentar resolver cualquier controversia que surja entre ellas en relación con este documento mediante la negociación de buena fe. Si las partes no llegaran a un acuerdo, se someterán a la jurisdicción”. Nos encontramos por tanto ante una de las denominadas cls. “multistep” o “multi-tiered”, entendidas como cls. que establecen varias etapas consecutivas, relativas a procesos separados, para afrontar las controversias y buscar una solución a las mismas. En dichas cls. pueden aparecer las siguientes técnicas: negociación, mediación, opinión de tercero experto y arbitraje [PRYLES, P.I]. Estas cls. han tenido gran éxito en la construcción de contratos complejos, dada la acreditada eficiencia económica que supone emplearlas.
4. Por otra parte, la cl. 41 de las condiciones generales [DOC. SOL. N° 7] establece que “cualquier conflicto que surja entre las partes se resolverá, a elección del Demandante, ante los tribunales de Matrice o mediante arbitraje por un tribunal de tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid, cuya sede será Matrice y el idioma el español”. La aparente contradicción existente entre ambas cls., al referirse una a jurisdicción y otra a arbitraje, es en realidad fácilmente superable si se atiende a un criterio interpretativo de la auténtica voluntad de las partes.
5. Primero, lo entendido aquí como jurisdicción no es, stricto sensu, el acogimiento exclusivo a la tutela judicial que realiza un juez o un Tribunal, sino a la jurisdicción, es decir, a la capacidad de un órgano (sea judicial, sea arbitral) para resolver un asunto concreto de forma definitiva y vinculante. Así pues, el término “jurisdicción” reflejado en dicha cl. no hace sino contraponer un sistema autocompositivo, como es el de negociación previa de buena fe, en yuxtaposición con un sistema heterocompositivo, en el cual un tercero o terceros ajenos a las partes resuelven la disputa. Se ha de resaltar que dicha cl. 17 [DOC. SOL. N° 6] no contiene especificación alguna sobre la jurisdicción a la que se debe acudir una vez las partes no llegasen a un acuerdo en las negociaciones de buena fe.
6. Así pues, atendiendo a lo dispuesto en la cl. 18 [DOC. SOL. N° 6], se establece que, “en lo no dispuesto por las presentes cls. resultarán de aplicación las condiciones generales del grupo Hesperia General”.
7. Consecuentemente, y en consonancia con la cl. 41 [DOC. SOL. N° 7], “cualquier conflicto que surja entre las partes se resolverá, a elección del Demandante, ante los tribunales de Matrice o mediante arbitraje por un tribunal de tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid, cuya sede será Matrice y el idioma el español”.

8. Analizando al significado del término jurisdicción, el arbitraje se establece como una suerte de jurisdicción especial [VIDAL], distinta de la jurisdicción ordinaria, pero con un denominador común, que reside en el origen etimológico del término “jurisdicción” (del latín *iurisdictio*, dictar derecho). En primer lugar, y debido a su carácter privado, el arbitraje se produce por la autonomía de la voluntad de las partes que entregan su controversia a los árbitros, en un verdadero sistema de heterocomposición. Asimismo, y a pesar de que tradicionalmente la jurisdicción se ha incardinado dentro del Poder Judicial de los Estados, las actuales necesidades sociales, así como la evolución de las instituciones sociales, exigen la resolución de controversias en un tiempo menor, evitando así que la justicia, por tardía, no sea justicia. Finalmente, cabe añadir que el Tribunal arbitral sí ejerce funciones jurisdiccionales, materializadas en actuaciones tales como las medidas cautelares que se enuncian en la sección 5 LMA.
9. Finalmente, y según el art. 21.2 RCAM, “los árbitros sólo resolverán en equidad, esto es, ex aequo et bono o como amigables componedores, si las partes les hubieran autorizado expresamente para ello”. Por tanto se establece un arbitraje de derecho en el que verdaderamente se cumple el sentido etimológico del término “jurisdicción”.
10. Por tanto, una lectura conjunta de las dos cls. de resolución de disputas lleva a un necesario sometimiento de las partes a arbitraje, una vez cumplido el requisito previo de negociación de buena fe. Esta interpretación no sólo es la que se desprende del sentido propio de las palabras, sino que es la única que respeta los principios reconocidos en el tráfico jurídico internacional de interpretación *contra proferentem* y *favor negotii*, como exponemos a continuación.

B. La aplicación del principio de interpretación *contra proferentem* a la relación entre Inmel y Hespe

11. Primero, cabe aducir, en este sentido, la poca claridad en lo que con respecto a la aplicación de estas cls. y a la viabilidad del arbitraje. Por ello, y según reza el art. 4.6 PU04, “si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”, siguiéndose entonces la regla *verba cartarum fortius accipiuntur contra proferentem*, ampliamente reconocida en jurisprudencia [HOLLIER V. RABLER]. Es asimismo exigencia de la parte que crea el clausulado una redacción conforme al principio de *clare loqui* [LÓPEZ Y LÓPEZ P.410], a fin de no lesionar a los intereses de la contraparte.
12. Segundo, no cabe duda de la existencia de un contrato de adhesión, en el cual se ha generado una clara posición de desigualdad con respecto a la partes del mismo (Hespe e Inmel). Cabe además decir que en estos contratos la actuación del oferente se rige por el principio de auto responsabilidad [RIZZO P.309] del sujeto que realiza una declaración de voluntad, por lo que el sujeto debe expresarse claramente so pena de aceptar una interpretación contraria a su voluntad, en aplicación del principio de *favor debilis*. Por ello, procede una interpretación *contra proferentem* de la cl. 17 apartado 2º [DOC. SOL. N° 6] contraria a la voluntad de Hespe, que parece ser la de excluir la vía arbitral, siendo éste, el arbitraje, la opción requerida por la Demandante, parte que resulta claramente desfavorecida en dicho contrato de adhesión.
13. Tercero, aunque pudiera ser que la voluntad de Hespe no fuera la de excluir el arbitraje, no cabe duda, en base a la jurisprudencia alemana [BUNDESGERICHTSHOF], que para la realización efectiva de tal exclusión, debe producirse una manifestación expresa en tal sentido.
14. Así pues, debe realizarse una interpretación contra Hespe, ya que, en primer lugar, nadie puede beneficiarse de sus propios errores [CSERNE, P.II], como tampoco puede eximirse a la parte que redacta el clausulado de responsabilidad por ambigüedad de la misma –haya o no sido hecha por un tercero, en consonancia con la regla *interpretatio contra eum qui clarius loqui potuit*-. Todo ello conduce a afirmar la existencia de arbitraje entre Hespe e Inmel.

C. La aplicación del principio de interpretación *favor negotii* a la relación entre Inmel y Hespe

15. Si bien es cierto que el empleo del término “jurisdicción” en la cl. 17 [DOC. SOL. N° 6] puede suponer acudir al amparo de un Tribunal de justicia, realizar dicha interpretación contradice, no obstante, el principio de *favor negotii*, por el cual se establece que, en caso de existir dos interpretaciones posibles, como viene a ocurrir en este caso –bien la cl. es estrictamente de jurisdicción, bien el término “jurisdicción” comprende sistemas heterocompositivos en contraposición con los sistemas autocompositivos-, debe optarse por aquella que respete de mejor manera la eficacia del contrato y de sus cls. [LORENZO P.19].
16. Así pues, si se optara por la interpretación de “jurisdicción” como cl. para acudir de manera exclusiva y excluyente a los Tribunales de justicia, la cl. 18 [DOC. SOL. N° 6] y la cl. 41 [DOC. SOL. N° 7] quedarían en cualquier caso privadas de eficacia alguna al subsumirse, con tal vía interpretativa, todas las controversias que pudieran llegar a tener lugar.
17. Por ello, y siguiendo criterios jurisprudenciales de *common law*, es necesario, en aplicación de la regla *verba ita sunt intelligenda ut res magis quam pereat* [LANCASHIRE V. MUTUAL INSURANCE], optar por aquella interpretación que ofrezca un mayor respeto a la eficacia del contrato y de sus cls., esto es, aquella por la cual se entiende el término “jurisdicción” como sistema heterocompositivo de resolución de controversias, otorgándose así plena eficacia a todo el contrato y sus cls..

CUESTIÓN 2: EL TRIBUNAL ARBITRAL ES IGUALMENTE COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE INMEL E INMAC

18. Este Tribunal Arbitral es igualmente competente para conocer de la contienda entre Inmel e Inmac aunque entre éstos no exista contrato en virtud de la extensión objetiva de la cl. de arbitraje a Inmac por la Teoría de los Grupos de Contratos [A], de acuerdo también con la Teoría del Conocimiento y de la Inferencia que supone la extensión subjetiva de dicha cl. [B] y por aplicación del principio de economía procesal al caso [C]

A. La extensión objetiva de la cl. de arbitraje a Inmac en virtud de la Teoría de los Grupos de Contratos

19. Inmac tiene la obligación de someterse a la cl. de arbitraje operante en la relación entre la Demandante y Hespe de acuerdo con la mencionada Teoría de los Grupos de Contratos. Dicha teoría es aplicable a esta situación, en la cual existen múltiples partes en una relación contractual y multitud de contratos relacionados y de acuerdo con ella, si las obligaciones que asumen las partes cada una por su lado son indivisibles, la controversia que afecta a obligaciones resultantes de los diversos acuerdos deben ser tratadas como un todo [LEBOULANGER PP. 43-99]. Esta “indivisibilidad” se predica del conjunto de contratos que persiguen la obtención de un fin común [CCI NO. 3493] de tal forma que se ha llegado a sostener por la doctrina y la jurisprudencia francesa que ese conjunto de contratos responden a una misma causa [TERRÉ PP. 368-375]
20. La relación existente entre el contrato suscrito por Hespe e Inmel y el contrato de suministro firmado por Inmac y Hespe encaja a la perfección con la definición que la doctrina nos proporciona del “grupo de contratos” que es la de aquéllos contratos que, aunque sean formalmente independientes, forman parte de una única transacción u operación [LEBOULANGER PP. 43-99]. De acuerdo con la doctrina francesa, en este caso se trata de un grupo de contratos caracterizados por la existencia de una “*subordination intellectuelle*” entre los distintos acuerdos que permite encubrir la existencia de una única operación contractual [AYNÈS].
21. En el presente caso se cumple claramente el requisito de dependencia entre los contratos, exigido por la Teoría del Grupo de Contratos. Resulta inherente a la propia estructura de la operación económica la necesaria interdependencia del contrato de arrendamiento financiero (o, en nuestro caso, no financiero) y el contrato de compraventa. El contrato de arrendamiento no tendría razón de ser si no

existiese previamente un contrato de compraventa. Por su parte, el contrato de arrendamiento deviene imprescindible en aras a que la maquinaria llegue al destinatario efectivo.

22. Por lo tanto, se hace patente la estrecha relación existente entre el contrato de arrendamiento financiero entre Inmel y Hespe, y el contrato de suministro entre Hespe e Inmac, del cual la Demandante no es parte, pero sí se ve directamente afectada en calidad de usuaria efectiva de la maquinaria industrial. Así resulta del hecho de que Inmel se pusiese en contacto directo con Inmac para informarle de sus necesidades y de su intención de adquirir la maquinaria que ésta fabricaba por medio de la financiación prestada por Hespe [*DOC. SOL. N° 4*]. La Demandante se dirigió en sus comunicaciones constantemente a las Demandadas al mismo tiempo, pese a no haber firmado contrato alguno con Inmac. En consecuencia, nos hallamos ante una relación comercial triangular entre las tres empresas, de la cual se derivan ciertas obligaciones para todas las partes. Resulta difícil de concebir un mejor ejemplo de grupo de contratos que el que nos encontramos en este caso.
23. La consecuencia de la existencia de un grupo de contratos es que el convenio arbitral contenido en uno de ellos es extensible a todas las disputas que surgen en relación con esa única operación comercial. En una decisión de 23 de marzo de 2004, un tribunal de los Estados Unidos admitió la extensión de la cl. de arbitraje por tratarse de dos contratos que se encontraban integrados de tal manera que las partes no contemplaban la ejecución de dos contratos independientes sino la ejecución de un solo proyecto llevado a cabo por dos partes estrechamente relacionadas [*PERTAMINA*]. Este pronunciamiento se apoyó en el concepto de “conectividad” (“*connexity*”) elaborado por los Tribunales suizos. La teoría emana de un caso anterior en el cual el Tribunal de Ginebra consolidó las reclamaciones que suscitaron dos contratos distintos, sobre la base de la existencia de cls. de arbitraje idénticas que regulaban el sometimiento a las normas de la UNCITRAL.
24. En este caso existen dos cls. muy similares en las condiciones generales [*CL. 41 DOC. SOL. N° 7*] y en el contrato de suministro suscrito entre Hespe e Inmac [*CL. 21 DOC. SOL. N° 8*]. En ambas se someten las partes a un arbitraje en la misma sede –Matrice– y bajo las mismas normas procedimentales –las de la Corte de Arbitraje de Madrid–. Siendo la única diferencia el número de árbitros que deberían conocer en cada caso, lo cual implica que son cls. compatibles, puesto que la doctrina sostiene que dos cls. no resultan incompatibles por el hecho de ser distintas [*TRAIN*]. El criterio para la compatibilización reside en determinar si las partes intentaban renunciar a la extensión de la cl. de arbitraje estableciendo un arbitraje distinto en otro contrato del grupo [*HANOTIAU P. 101-162*]. De hecho se han dado casos de cls. distintas por razón del idioma, en el que el Tribunal Arbitral ha decidido que tenía jurisdicción sobre la base de una combinación de ambas, y ese criterio fue aprobado posteriormente por la Corte de Apelación de París, en una decisión de 11 de abril de 2002. Por otro lado, la diferencia entre el número de árbitros puede salvarse con el RCAM, norma que rige el procedimiento en ambas cls., puesto que en su art. 12 se contienen las reglas para la determinación del número de árbitros y la Corte es la que establecerá este número si no se hubiera acordado por las partes. En estos casos en que las cls. de arbitraje son similares o idénticas no surge ningún problema de consentimiento ya que todas las partes estarían sujetas a una misma institución, en los mismos términos.
25. En este sentido, el hecho de que en cada contrato exista un convenio arbitral y que sean compatibles, nos facilita la tarea, ya que se puede deducir una intención implícita de las partes de someter todos los conflictos que pudieran surgir en el desarrollo de la operación económica a arbitraje [*HANOTIAU, P. 10*].
26. La Demandante afirma, por tanto, que la Teoría del Grupo de Contratos resulta directamente aplicable a este caso dado que la discrepancia afecta al bien objeto del contrato entre Hespe e Inmel, que viene a ser el mismo objeto que en el contrato entre Hespe e Inmac. Así se estableció en el “first interim Westland award” [*CCI NO.3879*], en el cual el Tribunal afirmó la posibilidad de un único procedimiento contra todos los responsables, incluyendo aquéllos con los que no se hubiese firmado un contrato (como es el caso de Inmel e Inmac). No es este el único caso, sino que varios tribunales

arbitrales han afirmado su jurisdicción sobre terceros en base a la similitud de las cls. de los distintos contratos [CCI NO. 8342; CCI NO. 8708; CCI NO. 8910].

27. Por último, si se analiza la práctica arbitral, los Tribunales de Estados Unidos han aplicado una interpretación todavía más liberal, arrogándose competencia y ordenando la consolidación incluso en aquellos casos en los que faltaba un acuerdo en ese sentido entre las partes. El método seguido por estos Tribunales era el de aplicar las reglas de “*consolidation and joinder of court litigation*”. Por otro lado, varias decisiones de tribunales estadounidenses han confirmado que el derecho al arbitraje puede conferirse a terceros si esa intención puede discernirse del contrato [STEPHEN FEDERICO V. CHARTERERS]. Así se consideró a las aseguradoras como terceras beneficiarias de una cl. de arbitraje [SPEAR, LEEDS & KELLOGG VS. CENTRAL LIFE ASSUR. CO.].
28. En conclusión, el convenio arbitral suscrito entre Hespe e Inmel es extensible a Inmac en virtud de la Teoría del Grupo de Contratos.

B. La extensión subjetiva de la Cl. de arbitraje a Inmac en virtud de la Teoría del Conocimiento y la Interferencia

29. En primer lugar, esta parte sostiene que la cl. de arbitraje le es aplicable a Inmac en su condición de contratante con Hespe por la aplicación analógica de la teoría del conocimiento y de la inferencia. La teoría supone una flexibilización de los requisitos formales que debe cumplimentar la cl. de arbitraje de acuerdo con el art. 7 LMA y el art. II CNY, los cuales plantean exigencias de forma poco adaptada a la evolución del arbitraje internacional [VULLIEMIN P. 53-69]. La mencionada línea jurisprudencial advierte el importante papel que, en el contexto de contratos “multi-parte”, juegan tanto la noción de “*connaissance*” (conocimiento), como el hecho de que la parte no-firmante conocía de la existencia del convenio de arbitraje entre las otras partes. Tan es así, que el conocimiento de la existencia de una cl. de arbitraje no sólo se toma como evidencia de un consentimiento implícito sino que llega a nacer una nueva forma de arbitraje: Arbitraje por conocimiento, en lugar de arbitraje por consentimiento [YOUSSEF, PP. 134-161].
30. Esta teoría ha sido aplicada por los tribunales franceses en el caso de las cadenas de contratos, es decir, cuando se produce una sucesión horizontal de contratos unidos por un objetivo común o por el mismo objeto, entendiendo que la cl. arbitral presente en el primer contrato o en alguno intermedio es transmitida junto con la propiedad del bien a la otra parte [PEAVY]. Se ha venido sosteniendo así que en una cadena homogénea de contratos traslativos de mercancía, la cl. de arbitraje internacional se transmite con la acción contractual, salvo prueba de razonable ignorancia de la existencia de dicha cl.. Si bien es cierto que en este caso no se produce una transmisión de la propiedad desde Hespe a Inmel, y que no sería directamente aplicable, tampoco es posible obviar el hecho de que lo que Hespe transmite a la Demandante es la posesión de la máquina, que supone en palabras de Ihering la condición de hecho en virtud de la cual son posibles tres modos de usar la cosa, utilizándola para las necesidades humanas y comprendiendo, por tanto, todo el contenido sustancial: *uti, frui, consumere*. Es tan amplio este derecho que puede equipararse a la propiedad, en este caso, para defender que la cl. de arbitraje contenida en el contrato de suministro es extensible al contrato de arrendamiento suscrito entre Hespe e Inmel y habilita al último para invocarla contra el proveedor.
31. En segundo lugar, la relación triangular entre la Demandante y las Demandadas confirma lo expuesto en cuanto a la teoría del conocimiento porque resulta evidente que Inmac estaba al tanto del contrato suscrito entre Hespe e Inmel y conocía la cl. de arbitraje que se contenía en éste. En virtud de este conocimiento, o incluso de la posibilidad de conocer [CCI NO. 7804], los tribunales (siendo los suizos los primeros) tienden a extender la cl. de arbitraje a terceros teniendo en cuenta circunstancias como si son los dos profesionales, si el contrato era único o se enmarcaba en una serie de relaciones y si la cl. se acordaba o no a los usos comerciales [VAN HOUTTE PP. 10 Y SS.]. Los tribunales afirman que la extensión de la cl. arbitral es factible en tanto que del comportamiento, declaraciones, o incluso silencio se pueda inducir el consentimiento del interesado, ya que llega con ello a crear una

apariencia jurídicamente relevante para el tercero de buena fe que se haya fiado de ella [*TRIBUNAL FEDERAL SUIZO DE 16 DE OCTUBRE DE 2003*].

32. En estas situaciones en que se ha producido una constante y reiterada intervención en la ejecución de un contrato, como la que protagoniza Inmac, la cl. arbitral estipulada en el mismo ha de ser extendida al empresario personalmente [*ATF 129 III 727*]. De modo que aquél que se inmiscuye en la ejecución de un contrato hace reconocible su voluntad de ser parte del convenio arbitral [*ATF 4P.48/2005 DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2005*].
33. En tercer lugar, podemos encontrar otros pronunciamientos jurisprudenciales a favor de la extensión subjetiva se apoyaban en que las obligaciones del comprador y del garante o fiador son idénticas y por ello se le extiende a este último la cl. de arbitraje del contrato principal, porque además estaba al tanto de la existencia de esta cl. [*SVEA*].
34. Por otra parte, en los casos en que un sujeto se compromete con otro en relación con la actuación de un tercero, el cual en relación con ese acuerdo es un tercero, la consecuencia es que la cl. estipulada en ese primer contrato es extensible a la relación entre el tercero y el “promitente” [*DELEBECQUE*].

C. Aplicación del principio general de economía procesal al presente caso

35. Primero, se trae a colación este principio para mostrar la conveniencia de sustanciar la controversia en un mismo procedimiento arbitral de Inmel contra Hespe y contra Inmac. Ello responde a que de no admitirse la acumulación, es decir, si la Demandante tuviese que iniciar otro procedimiento, sea arbitral o judicial, contra el proveedor, podría producirse la duplicación de procedimientos arbitrales con el consiguiente riesgo de laudos contradictorios. El riesgo de procedimientos paralelos está también presente cuando se desarrollan al mismo tiempo un procedimiento arbitral internacional y un proceso judicial ante unos tribunales internos. Todo ello lo que provoca son graves riesgos de inseguridad jurídica en un ámbito donde es tan necesaria ésta [*MASIA*]. Es por ello, que consideramos pertinente la acumulación de procedimientos arbitrales en este caso, para evitar lo ocurrido en el caso LAUDER/CME [*BJORKLUND PP. 486-496; KUHN PP. 7 Y SS*]. Con ello se trata de evitar el riesgo de laudos que sean inconciliables entre sí, logrando de esta manera una armonía internacional de decisiones. Asimismo, la acumulación es un exponente del principio de economía procesal que exige una buena y eficaz administración de la justicia [*MASIA*].
36. Uno de los mecanismos para evitar las negativas consecuencias que se han mencionado es la de designar un mismo tribunal para la resolución de distintos asuntos [*E. OBADIA P.4*], con lo que se intenta evitar la posibilidad de emitir laudos contradictorios. Este mecanismo se ha cumplido en tanto que la cl. 41 de las Condiciones Generales y la cl. 21 del contrato de compraventa encargan a la misma institución la gestión del arbitraje. Sin embargo, si por decisión propia del árbitro en ejercicio de su competencia se privase a Inmel de la posibilidad de someter a arbitraje su reclamación contra los demandados, se podrían producir diferencias considerables entre la decisión del órgano judicial que conociese posteriormente de la controversia entre Inmel e Inmac y el tribunal arbitral encargado de resolver el conflicto.
37. En segundo lugar, esta parte trae a colación el principio de arbitraje comercial internacional por el cual las partes tienen obligación de cooperar de buena fe en la ejecución de su contrato así como en los procedimientos arbitrales [*BOISSESON P. 643; JARVIN P. 157*]. En virtud de este principio, los árbitros y los Tribunales Arbitrales deberían hacer imposibilitar el hecho de que una de las partes pusiese en peligro el caso de la otra parte abusando de sus derechos y oponiéndose al arbitraje, como ocurriría si se excluyese a Inmac del arbitraje, puesto que se le estaría excusando de cumplir sus obligaciones para con la Demandante.
38. Por último, debe tenerse presente el principio de equidad y buena administración de la justicia, el cual ha llevado a tribunales a admitir la extensión de la cl. de arbitraje a terceros en aras a obtener un resultado más eficiente y una mayor equidad [*THIXOMAT INC. V. THAKATA PHYSICS INTERNATIONAL*]. De este modo, hacen referencia a la noción de “practicidad” [*MARITIME ARBITRATORS*] y a la

necesidad del árbitro de tener a su alcance todos los aspectos legales y económicos de la controversia [*CASO JAGUAR, AND NOTES CH. JARROSSON*].

CUESTIÓN 3: INMEL HA CUMPLIDO CON EL REQUISITO PREVIO DE NEGOCIACIÓN DE BUENA FE DEJANDO EXPEDITA LA VÍA ARBITRAL

39. En tanto que la cl. 17 del contrato entre Hespe e Inmel contenía la exigencia de negociación de buena fe previa a la intervención de un tercero que resolviese el conflicto (heterocomposición), se puede demostrar que la Demandante intentó resolver la controversia de buenas fe pese a la actitud poco receptiva de las Demandadas.
40. En primer lugar, en cuanto la Demandante conoció del funcionamiento irregular de la maquinaria, apresuró a ponerse en contacto vía correo electrónico con las Demandadas [*DOC. SOL. N° 9*], para solucionar el problema lo antes posible debido a la relevancia de la maquinaria en su proceso productivo. En segundo lugar, Inmel solicitó una nueva Máquina en el ejercicio de sus derechos [*ART. 39 CNUCCIM*] y las Demandadas, en vez de atender dicha petición, decidieron unilateralmente optar por una reparación que nadie les había solicitado. En tercer lugar, la Demandante se vio obligada a cesar las relaciones tras sucesivas comunicaciones infructuosas con las Demandadas, y a adquirir una maquinaria de similares características de otra empresa del sector, dada la urgente necesidad de satisfacer los pedidos de sus clientes.
41. Esta actitud por parte de las Demandadas denota en especial la mala fe de Hespe, al estipular de manera individual, en un contrato de adhesión, la necesidad de acudir a la negociación de buena fe, para, una vez entabladas las mismas, no tener la intención de llegar a un acuerdo con Inmel [*PDEC, ART. 2:301 (3)*]. En un intento por definir la mala fe, la jurisprudencia canadiense [*GATEWAY V. ARTON*] estableció que ésta se daba cuando una parte actúa de tal manera que anula sustancialmente los objetivos del contrato o causa daños significativos a otras partes, siendo todo ellos contrario a los propósitos y/o expectativas originarios de las partes. Además, los tribunales arbitrales [*CCI N° 8540*] recuerdan que la negociación de buena fe es vinculante y exigible al amparo de los PU04. En suma, Inmel cumplió con la negociación de buena fe, por lo que podrá iniciar un procedimiento arbitral contra las Demandadas.

CUESTIONES RELATIVAS AL FONDO DEL ASUNTO

CUESTIÓN 4: LA RELACIÓN ENTRE LA DEMANDANTE Y HESPE ES UN ARRENDAMIENTO NO FINANCIERO REGULADO POR LA LEY MODELO UNIDROIT DE ARRENDAMIENTO

43. La relación establecida entre la Demandante y Hespe se califica como un arrendamiento no financiero [A] que está sujeto a la regulación de la LML [B] en el marco de una transacción tripartita en conexión con un contrato de compraventa internacional [C].

A. La relación entre el Demandante y Hespe es un arrendamiento no financiero por no cumplir con los requisitos esenciales establecidos para la calificación de los arrendamientos financieros

44. El contrato suscrito entre las partes tiene una definición insuficiente de arrendamiento financiero. Por tanto, debemos acudir a la definición de contrato de arrendamiento financiero y a la interpretación de sus elementos esenciales [I], pudiendo considerar que, dada la selección del proveedor por parte de la Demandante dependiendo primordialmente de la habilidad y juicio de Hespe [II] y de los derechos jurídicos que obtiene la Demandante no asimilables a los del propietario de la máquina [III], la relación existente entre la Demandante y Hespe es un arrendamiento no financiero.

I. La definición de contrato de arrendamiento financiero debe hacerse de acuerdo con la interpretación de sus elementos esenciales

45. Dada la insuficiente definición de arrendamiento financiero recogida en el contrato firmado entre las partes, se debe acudir a la interpretación de los elementos característicos definitorios de los arrendamientos financieros. Los elementos característicos que permiten identificar el arrendamiento financiero, son los establecidos en la COAF [CASTILLO TRIANA, P. 17]. A pesar de no ser aplicable directamente al caso, constituye una guía interpretativa de gran utilidad porque se trata de la regulación especial para los arrendamientos financieros internacionales, y es la base para la regulación más general de la LML cuya aplicación se discutirá posteriormente [¶ 14-16].
46. Entre dichos elementos característicos destaca que el arrendador no puede estar sujeto a la responsabilidad por la elección del activo o del proveedor, ya que en un arrendamiento financiero la selección del activo y del proveedor se hace sin depender de la habilidad y juicio del arrendador. En un contrato de arrendamiento financiero el usuario del bien actúa por propia iniciativa en todo lo relativo a la determinación del bien, y por lo tanto fija él mismo la necesidad que quiere satisfacer y el medio que quiere utilizar para satisfacerla [ILLESCAS, P. 84].
47. Los hechos en este caso impiden calificar la relación contractual como arrendamiento financiero (como veremos a continuación), por lo que debe quedar calificado el contrato como un arrendamiento no financiero.

II. La selección del proveedor y del activo la realiza la Demandante, basándose primordialmente en la habilidad y juicio de Hespe

48. En el proceso de selección del activo y proveedor previo a la firma del contrato de arrendamiento, resulta evidente la intervención determinante de Hespe. En primer lugar, la oferta diferencial de Hespe en el mercado de las entidades de financiación era precisamente su compromiso de involucrarse con los clientes y ser “más socios que intermediarios” [DOC. SOL. N° 3]. En el pasado, en relaciones contractuales con otras empresas, Hespe ya había intervenido de forma muy activa para solucionar los problemas que surgían por falta de conformidad del activo [ORD. PROC. 2, B.17]. En definitiva, esta oferta diferencial dio lugar a que Inmel la seleccionara, confiando en la mayor seguridad que esta relación le otorgaría para adquirir la máquina que necesitaba [DOC. SOL. N° 2].
49. En segundo lugar, la Demandante tenía prefijada la necesidad que precisaba satisfacer, pero no había logrado determinar cuál era el mejor medio para satisfacerla. Ante las incertidumbres derivadas de la necesidad de seleccionar una nueva máquina, Inmel acudió a Hespe para asegurarse que la elección

del proveedor era la más adecuada a sus necesidades. La gran experiencia y especialización de la que hizo gala Hespe a través de la Sra. Fernanda del Carpio [DOC. SOL. N° 3] fue determinante a la hora de elegir como proveedor a Inmac frente a la otra opción, Artesa.

50. En tercer lugar, la posición que adoptó Hespe desde el principio de la relación estaba encaminada a lograr una mayor confianza por parte de la Demandante, lo que consiguió sin problemas. La Sra. Del Carpio manifestó el gran conocimiento y experiencia en el sector específico de la fabricación de componentes industriales y de la automoción, así como que habían trabajado ya en numerosas ocasiones en el pasado con Inmac [DOC. SOL. N° 3, ORD. PROC. 2, B.18]. Todo lo anterior, permite apreciar el papel activo que tomó Hespe en la selección del proveedor y activo que requería la Demandante.

III. Los derechos sobre la máquina que obtiene la Demandante a raíz de la relación jurídica no pueden asimilarse a los del propietario de la misma.

51. Al adquirir el activo a través de un contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario puede ejercitar la mayoría de derechos y obligaciones derivadas de la propiedad de la misma [CUMING, P.IV]. Sin embargo, en la relación entre la Inmel y Hespe se pone de manifiesto en las sucesivas actuaciones por ambas Demandadas que la intención es la de que sea Hespe el que ejercite todos los derechos de propiedad sobre la máquina objeto de la transacción, y que la Demandante sea un simple arrendador subordinado a las decisiones del propietario de la máquina. Fue Hespe el que siguió ostentando y ejercitando con exclusividad todos los derechos del propietario.
52. Primero, cuando fue necesario que el proveedor tomara una decisión para solucionar los problemas que había dado la máquina, Inmac se puso en contacto con la Sra. del Carpio para adquirir su consentimiento en las actuaciones a seguir, al margen del Sr. Buendía, de la Demandante, al que en ningún momento se consultó para la toma de decisiones sobre la máquina. Se esperaba que el Sr. Buendía respetara la decisión de Hespe en la resolución de los problemas, ya que este último era el que Inmac consideraba como propietario de la Máquina, tal y como resalta el Sr. García Márquez en su correo de 9 de noviembre al Sr. Buendía [DOC.SOL. N° 13].
53. Segundo, tras el depósito de la Máquina con Chapusa para su revisión, la Demandante no pudo retirarla, sino que sólo pudo hacerlo Hespe en su condición de propietario, por ser el derecho de retención de la persona que repara un bien prioritario excepto frente al derecho del propietario [SOL. ¶ 27].
54. Esta falta de asimilación de los derechos de la Demandante a los de un propietario, prueba con rotundidad la falta de intención de Hespe de vincularse mediante un verdadero contrato de arrendamiento financiero.
55. En conclusión, teniendo en cuenta los elementos básicos del arrendamiento financiero recogidos en la Convención y observando las características fácticas de la relación entre la Demandante y Hespe, no se puede considerar que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento que pueda calificarse como financiero. La dependencia de la Demandante en la experiencia y el conocimiento técnico de Hespe, así como la no asunción de la Demandante de los derechos asimilados a los del propietario lleva a calificar la relación como de arrendamiento no financiero.

B. La ley aplicable a la relación entre la Demandante y los Demandados es la LML

56. Establecida la naturaleza de la relación jurídica objeto de la controversia, es necesaria la determinación de la ley aplicable a la misma. Es principio general del derecho la libertad de contratación y el carácter vinculante de los contratos para las partes [PPIOS. U., ART. 1 Y 3]. El contrato de arrendamiento a través de las cláusulas generales del grupo Hesperia a las que se remite, fija como ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes el Derecho de Cervantia [DOC. SOL. N°7].
57. La calificación previa del contrato ha llevado a la designación de la LML como aplicable por ser ley general y no cumplirse los requisitos que contempla la propia ley especial, la COAF, para su

aplicación [¶ 3]. Dicha Ley Modelo prevé su aplicación a los supuestos de arrendamiento de un activo cuando en el contrato de arrendamiento se haya estipulado que sea aplicable la Ley del Estado que ha traspuesto la Ley Modelo a su propio derecho [LML, ART. 1].

58. Es decir, habiendo estipulado las partes como aplicable el Derecho de Cervantia y habiendo incorporado este país a su propio ordenamiento la LML en febrero de 2009 [ORD. PROC. N° 2], ésta es de aplicación al contrato que firmaron la Demandante y Hespe en fecha posterior.

C. La relación objeto de la controversia es una relación tripartita que conecta un contrato de arrendamiento no financiero internacional y un contrato de compraventa internacional

59. La transacción regulada en la LML es la denominada transacción de financiación a través de un arrendamiento, y puede adoptar diferentes estructuras. En todo caso, la transacción incluye tres partes y dos contratos, cuyos elementos están conectados por una misma causa y por tanto tienen una regulación específica [TERRÉ, ¶348].
60. La regulación de este tipo de transacciones, además de simplemente el arrendamiento financiero, es uno de los objetivos que se marcó desde el principio con la redacción de la LML [STANFORD, P. 592]. Una de las estructuras previstas por la misma es la que se compone de un contrato de compraventa y un contrato de arrendamiento simple [BEY, P. V Y VI; CUMING, P. VI; DOMÍNGUEZ, P. 1524].
61. En la relación existente entre la Demandante y las Demandadas Hespe e Inmac hay dos contratos, un contrato de arrendamiento no financiero (calificado como tal anteriormente) y un contrato de compraventa. La conexión existente entre ambos contratos reside no sólo en la participación de Hespe en ambos, sino también en que el segundo trae causa del primero y en que el objeto del contrato de compraventa viene definido por el objeto del contrato de arrendamiento. Ambos contratos responden entonces a la misma causa, formando entre ellos una transacción compleja.
62. La ley aplicable a la transacción de financiación a través de un arrendamiento será entonces no sólo la LML que regule los aspectos relacionados con el arrendamiento, sino que habrá que tener en cuenta también la normativa sobre compraventa internacional que regule dichos aspectos de la transacción, aunque siempre sin perder de vista el vínculo existente entre las tres partes y entre los dos contratos [DOMÍNGUEZ, P. 1530-1531].
63. Como en el COAF, la regulación de la LML no resulta exhaustiva en torno a todas las cuestiones civiles y mercantiles. Por ello, se hace necesaria la aplicación subsidiaria de los principios generales de la contratación internacional [DOMÍNGUEZ, P. 1521], tal y como además prevé el propio texto de la LML [LML, ART. 4] y las condiciones generales aplicables al contrato [DOC. SOL. N° 7].

CUESTIÓN 5: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS DEMANDADAS.

64. De acuerdo a la calificación como arrendamiento no financiero del contrato entre la Demandante y la Demandada Hespe [CUESTIÓN 4] Hespe responde frente a la Demandante del mismo modo que la Demandada Inmac habría respondido frente a la Demandante de haber elegido la Demandante al proveedor (A). Así, la responsabilidad de Hespe nace del incumplimiento de Inmac por la falta de conformidad del bien para su uso ordinario y por tanto se trata de una responsabilidad solidaria (B).

A. Por tratarse de un arrendamiento no financiero Hespe responde frente a la DEMANDANTE del mismo modo que Inmac habría respondido frente a la DEMANDANTE de haberse tratado de un arrendamiento financiero.

65. En el arrendamiento financiero es el arrendatario quien especifica el activo y elige al proveedor [ART. 2 LML; ART. 1.2 COAF] sin depender primordialmente de la habilidad y juicio del arrendador [ART. 1.2 COAF], actuando el arrendador como un mero intermediario financiero. Por tanto, en caso de incumplimiento del proveedor, quien ha de exigirle responsabilidad no es el arrendador, cuya relación con el proveedor obedece a un contrato celebrado actuando conforme a las especificaciones

del arrendatario [ART. 1.1(A) COAF], sino el propio arrendatario que fue quien lo seleccionó. Es por ello que en el arrendamiento financiero se le reconoce al arrendatario la posibilidad de invocar frente al proveedor las obligaciones derivadas del contrato de suministro como si hubiera sido parte de dicho contrato, pues éste vino motivado por él [ART.10 COAF, EN SENTIDO SIMILAR, ART.14.1 LML]. Entendiendo que el contrato de suministro es en realidad un contrato de compraventa [DOMINGUEZ, P.1528], los derechos, obligaciones y acciones del arrendatario se regulan en la CNUCCIM [ART. 1(1) CNUCCIM].

66. Por el contrario, en el arrendamiento no financiero es el arrendador, y no el arrendatario, quien elige al proveedor y la LML no reconoce al arrendatario una acción directa contra el proveedor sino exclusivamente contra el arrendador. De la ausencia de acción directa del arrendatario frente al proveedor cabe deducir que la acción del arrendatario frente al arrendador no se limita al incumplimiento del arrendador en su labor de financiación sino que incluye responsabilidad por el incumplimiento del proveedor. Resulta no sólo de sentido jurídico sino de sentido común entender que en la medida en que es el arrendador quien elige al proveedor, sea él también quien haya de responder en caso de incumplimiento de éste frente a un arrendatario que se limitó a seguir su consejo. Tal extremo lo confirma la LML al disponer que el arrendador que opera de forma regular con activos de ese tipo, como claramente hace Hespe [DOC.SOL.Nº3], garantiza que el activo es “*apto para el uso a que ordinariamente se destine un activo de ese tipo*” [ART. 17(2) LML]. Dicha terminología se corresponde con la utilizada en la CNUCCIM para definir la responsabilidad del vendedor [ART. 35(2)A)] en el contrato de suministro. Partiendo de que el arrendador es una empresa de intermediación financiera que como tal no produce el bien, cabe deducir que al definir así su responsabilidad frente al arrendatario, la LML le está imponiendo responsabilidad por el incumplimiento del proveedor, en la medida en que fue él quien lo eligió.
67. En resumen, en el arrendamiento financiero es el arrendatario quien selecciona al proveedor y consecuentemente se le reconoce una acción directa contra éste y no contra un arrendador que se limita a financiar la operación. Sin embargo en el arrendamiento no financiero al arrendatario no se le reconoce acción contra el proveedor sino contra el arrendador, que, por haberlo seleccionado, responde por el incumplimiento del proveedor. Por tanto, se trata de acciones que tienen distinto destinatario (proveedor en el arrendamiento financiero y arrendador en el arrendamiento no financiero) en atención a la distinta configuración de cada una de las relaciones, pero que tienen el mismo contenido: responsabilidad por la falta de conformidad del bien en los términos definidos en el art. 35(2)a) CNUCCIM.
68. Consecuentemente, se puede resumir lo expuesto concluyendo que en el arrendamiento no financiero, por haber seleccionado al proveedor, el arrendador responde frente al arrendatario del incumplimiento del proveedor, del mismo modo que responde el proveedor frente al arrendatario en relaciones de arrendamiento financiero en las que el arrendatario es quien lo selecciona. Así, si en el arrendamiento financiero el arrendatario se coloca en la posición del arrendador en el contrato de suministro y el contenido de su acción se define en virtud de la CNUCCIM, en el arrendamiento no financiero la acción del arrendatario contra el arrendador por falta de conformidad del bien para su uso ordinario viene definida por la CNUCCIM.

B. La responsabilidad de Hespe deriva del incumplimiento de Inmac por la falta de conformidad del bien para su uso ordinario y por tanto se trata de una responsabilidad solidaria.

69. En base a la conclusión del apartado anterior, cabe afirmar que en virtud de la calificación como arrendamiento no financiero de la relación entre la Demandante y Hespe [CUESTIÓN 4], Hespe responde frente a la Demandante por la falta de conformidad del bien para su uso ordinario [ART. 17(2)LML], es decir, por el incumplimiento de Inmac. Dicho de otra forma, si Inmac incumple y el bien no es conforme de acuerdo al art. 35 CNUCCIM [CUESTIÓN 6] Hespe incumple y responde [ART. 17(2) LML].

70. Sin embargo, dicha responsabilidad no puede ser únicamente de Hespe, sino que ha de ser solidaria. En primer lugar, porque el origen de la responsabilidad de Hespe está en el incumplimiento de Inmac. Si por haber sido Hespe quien eligió a Inmac como proveedor de la Máquina existe comunicabilidad del incumplimiento y el incumplimiento de Inmac por falta de conformidad de los bienes para su uso ordinario se traduce en incumplimiento de Hespe, con más razón debería haber comunicabilidad de responsabilidad. Si bien está claro que Hespe ha de responder por la falta de conformidad de la Máquina de un proveedor seleccionado por ella, también resulta razonable que responda junto a ella el responsable último de dicha falta de conformidad, es decir, Inmac. Y puesto que se trata de un mismo incumplimiento, que se comunica a Hespe en virtud de la definición y configuración del arrendamiento no financiero, que se imputa al arrendador y al proveedor en su totalidad, la responsabilidad de ambos también ha de ser la misma y total.
71. En segundo lugar, la responsabilidad solidaria se corresponde con la finalidad de la ley de facilitar la satisfacción de sus pretensiones al arrendatario. El que en el arrendamiento no financiero la Ley confiera al arrendatario una acción contra el arrendador que incluye responsabilidad por el incumplimiento del proveedor busca proteger al arrendatario. Busca así la ley facilitar la satisfacción de sus pretensiones al arrendatario permitiéndole ir contra el arrendador, con quien le une una relación contractual, en vez de obligarle a ir contra un proveedor con el que no tiene relación contractual alguna y del que no tiene información pues lo eligió la arrendadora.
72. En tercer lugar, y como argumento definitivo, cabe apuntar que existe un uso de comercio, aplicable subsidiariamente a la LML, que presume la solidaridad en el Derecho Mercantil internacional. Las obligaciones mercantiles en el ámbito del derecho comparado gozan de una presunción de solidaridad para el caso de múltiples deudores. Así lo recogen los códigos de Alemania, Italia, los países nórdicos, Francia y Portugal, entre otros muchos [PECL, ART. 10:103 NOTES]. Esta tendencia ha sido recogida también por los Principios Europeos de Derecho Contractual [PEDC, ART. 10:103] no sólo para las obligaciones contractuales, sino también para las derivadas de un mismo daño. A mayor abundancia, aunque en la actualidad no se recoge dicha presunción en los principios UNIDROIT, en la revisión que se está llevando a cabo de los mismos, los comentarios del grupo de trabajo no dudan en recogerla [FONTAINE, ¶12]. Por todo ello, se puede considerar sin problemas la existencia de un uso de comercio, aplicable subsidiariamente a la LML, que presume la solidaridad en el Derecho Mercantil internacional.

CUESTIÓN 6: FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 35(2) CNUCCIM.

A. La máquina no era un bien conforme a contrato de acuerdo al art. 35(2)a) CNUCCIM por falta de aptitud para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo.

73. La conformidad del bien para los usos ordinarios a los que se destinan bienes del mismo tipo se determina en función de estándares de calidad que definen la obligación del vendedor bajo el art. 35(2)a) CNUCCIM (I) sin que ésta pueda configurarse en base a las expectativas del comprador sobre el uso ordinario concreto al que el comprador vaya a destinar el bien, siendo responsabilidad del vendedor preguntar al comprador sobre el uso concreto al que va a destinar el bien (II). Por tanto, la Demandada debía de haber conocido el uso al que la Demandante iba a destinar la Máquina (III).
- I. La conformidad del bien bajo el art. 35(2)a) CNUCCIM se determina en función de estándares de calidad en atención a los cuales la Máquina no era un bien conforme a contrato.**
74. De acuerdo al art. 35(2)a) CNUCCIM serán conformes para el uso ordinario al que se destinen mercaderías del mismo tipo aquellos bienes aptos para los propósitos a los que se destinan ordinariamente bienes de la misma descripción (i), exigencia que se concreta en el cumplimiento de determinados estándares de calidad: a) aptitud para la reventa; b) regla de la calidad media; y c) calidad razonable, que llevan a una misma conclusión: la falta de conformidad de la Máquina (ii).

En este caso resulta de aplicación el estándar de calidad razonable en virtud del cual cabe concluir que la falta de conformidad del bien constituye además un incumplimiento esencial en los términos del art. 25 CNUCCIM(iii).

75. (i) serán conformes para el uso ordinario al que se destinen mercaderías del mismo tipo aquellos bienes aptos para los propósitos a los que se destinan ordinariamente bienes de la misma descripción [ART. 35(2)A) CNUCCIM].
76. En virtud del art. 35(2) a) “salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo”. Dicho precepto parte de que al encargar los bienes el comprador normalmente realiza descripciones generales porque confía en la pericia del vendedor [COM. SEC. ART. 35(2)A)] y configura la responsabilidad mínima del vendedor, que éste habrá de satisfacer en cualquier caso: aunque el comprador no haya especificado el uso al que quiere destinar los bienes el vendedor habrá de proveer bienes aptos para los propósitos para los que bienes de la misma descripción se destinan ordinariamente [COM. SEC. ART. 35]. La CNUCCIM exige esta responsabilidad mínima al vendedor porque, partiendo de su experiencia y la confianza que en él deposita el comprador, las características de los bienes, y consecuentemente su conformidad para el uso ordinario, se encuentran dentro de su esfera de influencia [MALEY, P. 92].
77. En virtud del art. 35(2)a) CNUCCIM serán conformes a contrato aquellos bienes que posean las calidades propias de bienes del mismo tipo a los descritos en el contrato y estén libres de defectos que normalmente no se esperan en dichos bienes [BIANCA, P.272] y no lo serán en caso contrario [ENDERLEIN Y MASKOW, P.144]. Dicha exigencia de conformidad se concreta en
78. (ii) el cumplimiento de diversos estándares de calidad [CASO RIJN BLEND]: a) aptitud para la reventa (merchantable quality); b) regla de la calidad media (average quality rule); c) calidad razonable (reasonable quality), que en este caso llevan a una misma conclusión: la Máquina no era un bien conforme a contrato.
79. a) *Aptitud para la reventa*: concepto propio del Derecho anglosajón y de acuerdo al cual un bien es conforme a su uso ordinario si existe un mercado sustitutivo, es decir, si un comprador razonable que hubiera examinado completamente el bien lo habría aceptado sin reducción del precio [CASO RIJN BLEND]. Para ello el criterio más sólido es valorar las condiciones de las ventas sustitutivas realizadas por el vendedor a otros compradores tras el rechazo de los bienes por parte del comprador inicial [CASO RIJN BLEND].
80. Es decir, en aplicación al presente caso, la cuestión reside en determinar si un comprador razonable, de haber conocido que la Máquina no procesaba acero de dureza superior a 400 HB, habría aceptado la máquina a un precio similar al exigido a la Demandante. Para ello cabe analizar en qué condiciones revendió la Demandada Hespe la máquina después de que la Demandante la rechazase.
81. La Demandada Hespe revendió la Máquina a un precio que permitía cubrir las cuotas impagadas por la Demandada [ORD. PROC. N°2]. Puesto que la Demandada ya había pagado parte de las cuotas el precio de reventa fue inferior al precio que habría pagado la Demandante de haber sido la Máquina un bien conforme a contrato. Dicho descuento no se debe a la amortización de la Máquina, es decir, a la pérdida de valor por uso, puesto que no se produjo uso alguno de la Máquina por parte de la Demandante. Por tanto, Hespe tuvo que revender la Máquina a un precio inferior al ofrecido a la Demandante porque no encontró compradores que, conociendo la limitada capacidad de la Máquina para procesar acero, quisieran pagar lo mismo que valían otras máquinas disponibles en el mercado, como la C-765-06, que sí eran aptas para cumplir con la totalidad del uso ordinario propio de máquinas del mismo tipo pues procesaba acero de dureza superior a 400.
82. Por tanto, de aplicarse el criterio de la aptitud para la reventa para interpretar las exigencias del art. 35(2)a) CNUCCIM, cabría concluir que la Máquina no era un bien conforme a contrato.
83. b) *Average quality rule*: propia de los sistemas de Derecho civil un sector de la doctrina entiende que el deber del vendedor de proporcionar al comprador un bien apto para el uso ordinario de bienes del

mismo tipo se traduce en un deber de proporcionar al comprador un bien de calidad justa, es decir, de calidad media [BIANCA, P.277].

84. Por tanto, en aplicación a este caso, una máquina será conforme a contrato si satisface el estándar de calidad media, si tiene capacidad para procesar acero de dureza propia del sector industrial y del automóvil, que incluye 560 HB [CUESTIÓN 6.A.II.II]. En virtud de dicha interpretación la Máquina no sería un bien conforme a contrato por no cumplir con el requisito de calidad media al no ser capaz de procesar acero de dureza superior a 400 HB.
85. c) *Reasonable quality*: Un sector doctrinal [BERNSTEIN Y LOOKOFSKY] y jurisprudencial [CASO RUM BLEND] defiende que la conformidad del bien en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM ha de valorarse en función de la regla de la calidad razonable. De acuerdo a dicha regla, las expectativas razonables del comprador han de ser tenidas en cuenta a la hora de determinar si un bien es conforme a contrato o no.
86. En este caso las expectativas de la Demandante de que la Máquina fuera apta para procesar acero de dureza 560 HB son perfectamente razonables puesto que confió en la experiencia de la Demandada en el sector de la automoción (1), la publicidad de la Máquina no especificaba lo contrario (2) y el precio era similar al de otro modelo, C-765-06, que sí procesaba acero de dureza 560 HB(3).
87. (1) Un sector de la doctrina defiende que un comprador que encarga bienes a un productor especializado tiene derecho a exigir una calidad por encima de la media [HEUZÉ; ACHILLES]. En este caso no existe duda alguna de que Inmac es un productor especializado puesto que así se lo asegura ella misma a la Demandante [DOC. SOL N°5]. Luego, si era razonable que la Demandante esperara que la Máquina tolerara acero de dureza superior a la calidad media, con mayor razón resulta razonable que la Demandante esperará que la Máquina tolerara acero de dureza propia de la calidad media, es decir, propia del uso ordinario de máquinas del mismo tipo como es 560 HB.
88. (2) La publicidad disponible sobre la Máquina aseguraba que era apta para procesar todo tipo de materiales [ORD.PROC.N°2]. Puesto que la capacidad de moldear acero de dureza 560 HB se encuentra dentro del uso ordinario de máquinas del mismo tipo [CUESTIÓN 6.A.II.II], resulta razonable que la Demandante entendiera que al no hacer Inmac salvedad alguna en cuanto a la capacidad de la Máquina, “todo tipo de materiales” incluía acero de dureza 560 HB.
89. (3) El otro modelo que barajaba adquirir la Demandante, la máquina C-765-06, sí era apta para procesar acero de dureza 560 HB, y su precio era similar al de la Máquina. Por tanto, resulta razonable la expectativa de la Demandante de que, puesto que el precio de ambas máquinas era similar, también lo fuesen las prestaciones que ofrecían. Y es que un comprador razonable no pagaría lo mismo por una máquina que únicamente es apta para parte del uso al que ordinariamente se destinan máquinas del mismo tipo que por otra que es apta para satisfacer la totalidad del uso ordinario propio de dichos bienes. Asimismo, la razonabilidad de dicha expectativa la confirma la doctrina [BIANCA, P. 276] al afirmar, en relación al art. 35(3), que en supuestos en que el precio del bien es inferior al de bienes del mismo tipo resulta razonable exigir al comprador que hubiera previsto que el bien no era apto para el uso ordinario de bienes de su mismo tipo. Luego, sensu contrario, si el precio de la Máquina era similar al de máquinas del mismo tipo que sí eran aptas para el uso ordinario al que generalmente se destinan tales bienes, como es la producción de pistones [CUESTIÓN 6.A.II.II], resulta razonable la expectativa del comprador de que la Máquina también fuera apta.
90. Los tres estándares confirman así que puesto que la introducción de acero de dureza 560 HB forma parte del uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina [CUESTIÓN 6.A.II.II], la falta de aptitud de la Máquina para procesar acero de tal dureza implica que no era apta para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo. Por ende, de acuerdo al art. 35(2)a) CNUCCIM, la Máquina no era un bien conforme a contrato ya en el momento de su entrega.
91. (iii) Resulta de aplicación el estándar de calidad razonable, en virtud del cual la falta de conformidad del bien constituye además un incumplimiento esencial en los términos del art. 25 CNUCCIM.

92. No existe unanimidad en la doctrina en cuanto a qué estándar de los tres analizados es el definitivo a la hora de determinar la falta de conformidad de un bien para su uso ordinario en los términos del art. 35(2)a CNUCCIM [*CASO RIJN BLEND*]. Si bien los tres estándares llevan a la misma conclusión de falta de conformidad de la Máquina con el contrato, la aplicación de uno u otro no resulta irrelevante.
93. En este caso cabe defender la aplicabilidad del estándar de calidad razonable. Cabe rechazar la aplicabilidad de la regla de la calidad media en referencia a lo dispuesto en los *travaux préparatoires*: el rechazo a la enmienda canadiense que pretendía la inclusión expresa de la regla de calidad media en el art. 35(2)a, puso de manifiesto que no es el estándar aplicable [*CASO RIJN BLEND*]. Sin embargo, dicho rechazo tampoco implica que la CNUCCIM optara por el criterio de aptitud para la reventa, como demuestra la inexistencia de sentencia o laudo arbitral alguno que así lo afirme [*CASO RIJN BLEND*]. Por el contrario, sí existen Sentencias (Landgericht Berlin, 52 S 24/92) y doctrina [*MALEY, P.100*] que afirman que la aptitud de los bienes para la reventa no es criterio suficiente. De hecho, cabe desestimar la aplicación de dicho estándar porque parte del presupuesto de que el comprador no es el consumidor final de los bienes o mercancías [*PERALES*] y por ende no resulta aplicable a este caso, en el que la Demandante sí es el destinatario final de la Máquina.
94. Por tanto, desestimados tanto el estándar de calidad media como el de aptitud para la reventa, cabe pensar que los redactores de la CNUCCIM no tomaron postura en cuanto al estándar aplicable e intencionadamente dejaron una laguna al respecto [*CASO RIJN BLEND*]. Por tanto, resulta necesario interpretar la CNUCCIM de acuerdo al art. 7 CNUCCIM, es decir, teniendo en cuenta su carácter internacional y su vocación uniformadora [*ART. 7(1)*] así como los principios generales en los que se basa la presente Convención [*ART. 7(2)*]. Si bien el estándar de aptitud para la reventa y el de calidad media, ambos de carácter claramente doméstico, no cumplen con los requisitos del art. 7 CNUCCIM, si lo hace el estándar de calidad razonable [*CASO RIJN BLEND*]: carece de ninguna connotación doméstica y se basa en la razonabilidad, principio al que la CNUCCIM recurre en numerosos de sus art. [*ARTS. 8,18,25,33,34,37-39,43,44,46,48,49,65,72,75,77,79 Y 86-88*]. Por tanto, debe primar el estándar de calidad razonable a la hora de concretar las exigencias del art. 35(2)a en relación a la aptitud del bien para el uso ordinario al que se destinan bienes del mismo tipo [*BERNSTEIN Y LOOKOFISKY, Y KRUISINGA*].
95. Por tanto, el hecho de que las expectativas de la Demandante de que la Máquina fuera apta para procesar acero de dureza superior a 400 fueran perfectamente razonables y sin embargo no se vieran satisfechas por la Máquina implica no solamente la falta de conformidad de la Máquina con el contrato sino que conlleva que dicha falta de conformidad, por haber privado sustancialmente a la Demandante de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, sea constitutiva de un incumplimiento esencial de acuerdo al art. 25 CNUCCIM.

II. Inmac debería haber preguntado a la Demandante sobre el uso concreto al que iba a destinar la Máquina.

96. La obligación del vendedor bajo el art. 35(2)a CNUCCIM no se configura en base a las expectativas del vendedor sobre el uso ordinario concreto al que el comprador vaya a destinar el bien (i). Puesto que la fabricación de componentes de acero de dureza 560 forma parte del uso ordinario de máquinas del mismo tipo (ii), era responsabilidad de Inmac haber preguntado a la DEMANDANTE sobre el uso concreto al que iba a destinar la MÁQUINA (iii).
 - i. **La obligación del vendedor bajo el art. 35(2)a CNUCCIM no se configura en base a las expectativas del vendedor sobre el uso ordinario concreto al que el comprador vaya a destinar el bien.**
97. Puesto que la aptitud o falta de aptitud de la Máquina para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo se determina en base a los estándares de calidad expuestos “*el alcance de la obligación del vendedor bajo el art. 35(2)a no se determina en función de si el vendedor podía esperar que el comprador usara los bienes en una de las formas del uso ordinario*” [*COM. SEC.*].

98. Es decir, cuando estamos en supuestos de uso particular del art. 35(2)b), al exceder del uso ordinario, es responsabilidad del comprador especificar al vendedor el uso al que va a destinar el bien [*COM. SEC. AL ART. 35(2)B*]; *FOLSOM, GORDON & SPANOGLE*], pues no se puede exigir al vendedor que su bien sea conforme a usos particulares que no le son desvelados. Sin embargo, en supuestos en que el análisis de la falta de conformidad del bien se centra en el uso ordinario, como el presente, la responsabilidad de comunicárselo a la otra parte se traslada del comprador al vendedor de modo que si el bien no es apto para satisfacer la totalidad del uso ordinario es el vendedor quien ha de preguntar al comprador a qué fin específico, de los comprendidos dentro del uso ordinario, va a destinar el bien, y si sus bienes no son aptos para tal propósito ha de rechazar el encargo [*COM. SEC.*]. La exigibilidad de tal responsabilidad al vendedor encuentra su razón de ser en el propio presupuesto de aplicación del art. 35(2)a) CNUCCIM que parte de que el comprador no ha realizado especificación ulterior sobre el uso al que va a destinar los bienes confiando en que el vendedor, en virtud de su experiencia, entienda que han de ser aptos para su uso ordinario y de no serlo se lo comunique [*COM. SEC.; ILLESCAS Y PERALES, P.174*]. Asimismo, el que el vendedor no pueda entender que el comprador va a destinar el bien exclusivamente a la parte del uso ordinario para el que es apto se debe en última instancia a que el vendedor no pueda imponer al comprador su concepción de uso ordinario [*CUESTIÓN 6.B.I. II*].

ii. La fabricación de componentes de acero de dureza 560 HB forma parte del uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina.

99. El que las piezas cuya fabricación exige acero de dureza 560 HB sean piezas del motor de un automóvil, y como tal destinadas a empresas del sector de la automoción, y el que la máquina C-765-06, del mismo modelo que la Máquina, sí fuera apta para procesar acero de dureza 560 permiten concluir que la introducción de acero de dureza 560 está comprendida dentro del uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina.
100. La utilización por parte de la Demandante de acero de dureza superior a la que la máquina podía soportar obedece a la fabricación de herramientas destinadas al sector de la automoción (Incaica Motor SA y Fermosa Automóvil SA, del Grupo SAC Motor). Concretamente se trata de la fabricación de pistones, es decir, de componentes de un motor. Partiendo de que el ámbito de aplicación de la Máquina es el sector industrial y de automoción, sin que exista discusión al respecto pues así lo reconoce la propia Demandada [*DOC. SOL.Nº 5*], resulta evidente que la fabricación de componentes tan básicos para el sector de la automoción como son los componentes de un motor forma parte del uso ordinario de máquinas destinadas a dicho sector, como es el caso de la Máquina.
101. Asimismo, cabe señalar que tras la falta de conformidad de la Máquina la Demandante se ve obligada a adquirir el modelo C-765-06 de la firma Artesa, modelo que sí resulta apto para procesar el acero que la Máquina no era capaz de modelar. La máquina C-765-06 era, como la Máquina, un centro de mecanizado de control numérico con 5 ejes de trabajo y su precio, como el de la Máquina, también rondaba los 800.000 euros [*SOL. ¶.12*]. Entendiendo que dos máquinas forman parte del mismo tipo cuando tienen características y precios similares, se puede afirmar que la máquina modelo C-765-06 y la Máquina eran mercaderías del mismo tipo en los términos del art. 35(2) a) CNUCCIM. El hecho de que el modelo C-765-06 sí fuera capaz de moldear acero de dureza 560 HB confirma que, de acuerdo a todo lo expuesto anteriormente, procesar acero de dureza 560 HB forma parte del uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina.

iii. Por tanto, era responsabilidad de Inmac haber preguntado a la Demandante sobre el uso concreto al que iba a destinar la Máquina

102. De acuerdo al estándar tomado para la definición de uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM, éste abarca la capacidad de procesar acero de dureza 560 HB. Al realizar el pedido la Demandante confió en la experiencia de Inmac, garantizada por ella misma [*DOC.SOL.Nº 5*], y razonablemente [cuestión 6.A.I] esperó que la Máquina fuera apta para la totalidad del uso al que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo.

103. Sin embargo, al no poder procesar acero de dureza superior a 400, la Máquina únicamente era apta para una parte de los propósitos a los que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo. Puesto que Inmac no podía asumir que el uso al que la Demandante iba a destinar la máquina se iba a limitar a los fines para los que la Máquina era apta (procesar acero de dureza inferior a 400), y en atención a la confianza que la Demandante había depositado en su experiencia, conociendo la falta de aptitud de la máquina para satisfacer la totalidad de los fines propios del uso ordinario al que se destinan máquinas de ese tipo, era su responsabilidad haber preguntado a la Demandante a qué uso específico iba a destinar la Máquina. De haberlo hecho, habría averiguado que la Demandante necesitaba una máquina con capacidad para moldear acero de dureza superior a 400 y debería haber rechazado el pedido de la Máquina por no ser ésta apta para tales fines.
104. Sin embargo, Inmac, lejos de preguntar a la Demandante sobre el uso particular al que iba a destinar la máquina le garantizó la conformidad del bien afirmando que la “A464-07 es un modelo muy útil, fiable y que excederá sus expectativas” [DOC.SOL. N° 5].

III. Por tanto, la Demandada debía de haber conocido el uso al que la Demandante iba a destinar la Máquina.

105. Si bien la Demandada Inmac no preguntó a la Demandante sobre el uso concreto, dentro del uso ordinario, al que iba a destinar la Máquina, si debería haberlo preguntado en atención a la falta de aptitud de la Máquina para su aplicación a la totalidad del uso ordinario de máquinas del mismo tipo. Y puesto que debería haber preguntado, debería haber conocido la falta de conformidad de la Máquina conforme a contrato y podría haberla evitado comunicándosela a la Demandante y rechazando el pedido. Sin embargo, no lo hizo, por lo que la falta de conformidad se refiere a hechos que la Demandada Inmac conocía o no podía ignorar y que no reveló a la Demandante (art. 40 CNUCCIM). Consecuentemente, en virtud del art. 40, se eliminan los requisitos exigidos a la Demandante en el art. 39(1) CNUCCIM para ejercer el derecho que le reconoce ese mismo art. a exigir una mercadería sustitutiva [VEÁSE CUESTIÓN 7].
106. Cabe por tanto concluir que la incapacidad de la Máquina para procesar acero de dureza superior a 400 HB implica su falta de aptitud para el uso ordinario al que generalmente se destinan bienes del mismo tipo, que incluye acero de dureza 560. Por tanto, en el momento de la entrega la Máquina no era conforme en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM, de lo que se deduce que Inmac incumplió, incumplimiento que ha de ser considerado esencial [ART. 25 CNUCCIM] por frustrar las expectativas razonables que la Demandante tenía sobre la aptitud de la Máquina. Puesto que Inmac incumplió, incumplió también Hespe [ART. 17(2) LML] y ambas han de responder solidariamente [CUESTIÓN 5].

B. El uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la MÁQUINA no se limita a procesar acero de dureza inferior a 400 sino que abarca el moldear acero de dureza 560

107. La parte Demandada parece querer defender que el uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina se encuentra por debajo de 400 de modo que la Máquina sí era apta para el uso ordinario en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM. Pretenden así demostrar que la utilización de acero de dureza 560 implicaba un uso particular que, al no haberle sido comunicado a Inmac, no le vinculaba limitándose su única obligación a entregar un bien apto para el uso ordinario al que se destinan bienes del mismo tipo. Dicha pretensión es claramente insostenible, no sólo desde la perspectiva jurídica, sino también desde el más sano sentido común. En primer lugar porque los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías de este tipo no quedan limitados al procesamiento de aceros de dureza inferior a 400 sino que comprenden dureza de 560 HB (I). Y en segundo lugar porque pese a no tratarse de un uso particular, sí se le proporcionó a Inmac la suficiente información como para que de haberse tratado de un uso particular sí hubiera nacido la obligación de Inmac de proporcionar un bien conforme a dicho uso, obligación que habría sido claramente incumplida pues la falta de aptitud para uso ordinario [CUESTIÓN 6 A) I] implica la falta de aptitud para uso particular (II).

I. Los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías de este tipo no quedan limitados al procesamiento de aceros de dureza inferior a 400 sino que comprenden dureza de 560

108. Tal y como reconoce Hespe Leasing en su respuesta a la solicitud de arbitraje, a la que se adhiere INMAC, la máquina es “muy demandada en el mercado de Ferosa precisamente para procesar componentes para maquinaria industrial e industria automotriz”. Por tanto, de acuerdo a la propia demandada el uso ordinario, no ya de mercaderías del mismo tipo sino de máquinas del mismo modelo que la adquirida por la Demandante, es el procesamiento de componentes para empresas del sector industrial, incluido el de la automoción.
109. No existiendo discusión en cuanto al sector ni actividad genérica (procesamiento de componentes industriales, incluido el acero) al que ordinariamente se destinan las máquinas del modelo A464-07, la cuestión para delimitar el uso ordinario reside en determinar hasta qué grado de dureza comprende ordinariamente el procesamiento de acero para componentes industriales en dichos sectores. Para ello es necesario en primer lugar desestimar los criterios no válidos para la definición de uso ordinario (i) y en segundo lugar definir uso ordinario correctamente de acuerdo a criterios que satisfagan las reglas para la interpretación de los contratos contenidas en la CNUCCIM (ii):

i. Desestimar los criterios no válidos para la definición de uso ordinario

110. La Escala Brinnell no resulta de aplicación (a) y cabe desestimar la clasificación Circular no. 323/1999 del Ministerio de Industria de Ferosa por no ser vinculante (b).
111. a) La escala Brinnell no resulta de aplicación. La parte Demandada defiende que de acuerdo a la Escala Brinnell el acero inoxidable para uso industrial y para componentes de la industria del automóvil posee una dureza de 130-170 [RES.SOL.P.13]. Por tanto, argumentan que puesto que la Máquina tenía la capacidad de moldear aceros con dureza de hasta 400 ésta era conforme al uso ordinario propio de máquinas destinadas al sector de la automoción. La Demandada olvida sin embargo que la Demandante nunca limitó su uso a la introducción de acero inoxidable, sensiblemente menos duro que otros tipos de acero, de hecho en ninguna de las comunicaciones entre las partes menciona la Demandante la palabra “inoxidable”. Asimismo, la Escala lejos de clasificar el uso del acero por sectores en atención a su dureza se limita a medir la dureza del mismo y agrupar el acero según ésta, sin referencia alguna al uso al que se debe destinar, al igual que hacen escalas de otras medidas como la densidad o la presión. Por tanto, la Escala Brinnell no es un estándar aplicable para la determinación del uso ordinario en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM.
112. (b) En virtud del Anexo I de la Circular no. 323/1999 del Ministerio de Industria de Ferosa la dureza del acero de componentes industriales o de la industria automotriz es inferior a 500 (Escala Brinnell) y el acero con dureza de 500 o más se clasifica como acero de herramientas. La parte Demandada pretende así defender que el uso ordinario del art. art. 35 (2)a) CNUCCIM está por debajo de dureza 500 y la Demandante introdujo acero de dureza 560 que por tanto excedía el uso ordinario.
113. Es consolidada la jurisprudencia relativa al CNUCCIM que afirma que las legislaciones particulares de cada país son recomendaciones no vinculantes. [NEW ZEALAND MUSSELS; MALEY]. Incluso autorizada doctrina [SCHLECTRIEM (2), BIANCA] defiende que el art. 35(2)a) se refiere a la concepción de uso ordinario de la máquina que prevalece en el lugar en el que el comprador tiene intención de usar el bien y no allí donde el vendedor tiene su establecimiento. Por tanto, el Anexo I de la Circular no. 323/1999 del Ministerio de Industria de Ferosa y su clasificación de la utilización del acero en sectores en función de su dureza no resulta vinculante para la Demandante. Consecuentemente, el uso ordinario de la máquina a efectos del art. 35(2)a) CNUCCIM no puede definirse de acuerdo a dicha clasificación.
114. En cualquier caso, agradecemos a la parte Demandada que aporte una Circular que lejos de apoyar sus pretensiones, mina su posición y refuerza la nuestra. Y es que aunque dicha Circular fuera vinculante el argumento de la parte Demandada seguiría siendo insostenible pues el uso ordinario de máquinas del mismo tipo incluiría procesar acero de dureza 500 mientras que la máquina únicamente

alcanza a procesar acero de dureza 400, es decir, seguiría quedando por debajo del estándar necesario para ser apto para el uso ordinario al que se destinan máquinas del mismo tipo.

ii. Definir uso ordinario correctamente de acuerdo a criterios que satisfagan las reglas para la interpretación de los contratos contenidas en la CNUCCIM

115. Cabe por tanto determinar que estándar prima a la hora de definir el uso ordinario de la máquina en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM. Un sector de la doctrina defiende que si las partes tienen distinta concepción de los fines para los que bienes del mismo tipo se usan ordinariamente, la definición de uso ordinario del bien ha de determinarse de acuerdo a las normas de la CNUCCIM para la interpretación de contratos [COM. SEC.; SCHLECHTRIEM 2, P 15.]. En atención al art. 8 (2) cabría preguntarse cuál sería “ *el sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte*”. El art. 8 (3) dispone que “ *para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*”.
116. En la cuestión 3 A) I (ii) se demuestra la razonabilidad de las expectativas de la Demandante de que la MÁQUINA fuera un bien conforme a contrato, es decir, apto para el uso ordinario al que se destinan máquinas del mismo tipo. Asimismo, cabe remitirse a lo expuesto en la cuestión 3.A)II (ii) para demostrar que en virtud de las circunstancias del caso (8.3) se concluye que la fabricación de acero de dureza 560 sí forma parte del uso ordinario de máquinas del mismo tipo que la Máquina.
117. Luego, el uso ordinario en los términos del art. 35(2)a) CNUCCIM comprende el procesamiento de acero de dureza 560. Es decir, la medida de conformidad del bien para su uso ordinario incluye acero de dureza 560 y la Máquina, al limitarse a procesar acero de dureza 400 e inferior, se queda inevitablemente por debajo de dicha medida. Por tanto, la Máquina no supera la barrera de aptitud para uso ordinario, confirmándose así su falta de conformidad de acuerdo al art. 35(2)a) CNUCCIM y el consecuente incumplimiento de Inmac, y Hespe, incapaz de satisfacer su obligación mínima, la más básica, la que le impone la CNUCCIM para los casos en los que el comprador no le proporciona al vendedor información sobre el propósito al que va a destinar el bien.

II. Se le proporcionó a Inmac la suficiente información como para que ,de haberse tratado de un uso particular, hubiera nacido la obligación de Inmac de proporcionar un bien conforme a dicho uso.

118. La parte Demandada defiende que la Demandante omitió la aleación especial del acero que utilizaba [Res.Sol.p.14] y que por ende falló en comunicar el uso particular al que, defienden erróneamente, se destinó la Máquina. Si bien es cierto que la Demandante no especificó la dureza del acero que iba a utilizar, igual de cierto es que dicha especificación no es necesaria para estar en un supuesto de uso particular. Parece que la Demandada confunde el art. 35(2)b) CNUCCIM, en virtud del cual un comprador puede esperar la calidad necesaria para un uso particular si el vendedor era un especialista y confió en él [SCHLECHTRIEM 1], con el art. 35(1) que sí exige una especificación expresa de la calidad y que la parte Demandante concede no es aplicable al presente caso. El rechazo a la moción alemana [A/CONF.97/C.1/L.73=O.R.104] que pretendía que únicamente se aplicase el 35(2)b) CNUCCIM en los casos en que el uso particular se hubiera especificado expresamente en el contrato confirma que para que se aplique el art. 35(2)b) a este caso no era necesario que la Demandante hubiese especificado el uso particular al que se iba a destinar la Máquina.
119. Al igual que ocurría en el uso ordinario, la CNUCCIM parte del presupuesto de que cuando los fines a los que se va a destinar el bien son aparentes para el vendedor, el comprador confía en la habilidad y juicio del vendedor para proporcionarle bienes aptos para dicho uso [BIANCA, P.272]. “Cuando se compra de un experto el comprador puede asumir que la calidad requerida para un uso particular está garantizada implícitamente”[SCHLECHTRIEM 2, P.21]

120. Por lo que para justificar la aplicación del art. 35(2)b) al presente caso basta con demostrar que la Demandante comunicó a Inmac el propósito general para el que iba a utilizar la Máquina [*BIANCA, P.272*] (i) y que confió razonablemente en la experiencia de Inmac [*SCHLECHTRIEM I, BIANCA, P.272*] (ii).

i. La Demandante comunicó a Inmac el propósito general para el que iba a utilizar la Máquina

121. Así consta en el Doc.Sol.nº4 cuando Inmel se describe frente a Inmel como “*fabricante de piezas para (...) principalmente empresas del sector de automoción*” e incluye una lista de sus proveedores y de los materiales utilizados. En línea con lo dicho en cuanto al uso ordinario, porque seguimos defendiendo que la introducción de acero de dureza 560 es uso ordinario, de acuerdo a dicha información, y en atención a la experiencia que predicaba de sí misma [Doc.Sol.nº5] Inmac debería haber deducido el uso, ordinario o particular – da igual porque no dedujo ninguno- , al que Inmel iba a destinar la Máquina.

ii. La Demandante confió en la experiencia de Inmac y dicha confianza era razonable.

122. En el presente caso la confianza de Inmel en la experiencia de Inmac en el sector de la automoción era razonable. En primer lugar era razonable porque se la aseguró la propia Inmac [*DOC. SOL. Nº 5*], sin limitarla a Ferosa por lo que era razonable que la Demandante entendiera que dicha experiencia se refería al ámbito internacional. En segundo lugar, el hecho de que uno de los clientes a los que iban destinados los componentes que debía fabricar la Máquina fuera de Ferosa, como le comunicó la Demandante a Inmac [*DOC. SOL. Nº4*], incrementó la confianza de la Demandante en la experiencia de Inmac. Era sin duda razonable la confianza de la Demandante en que Inmac conociera el sector de la automoción de su país de residencia. En tercer lugar, también contribuyeron a crear en Inmel una confianza razonable en Inmac las buenas referencias que recibió sobre Inmac de mano de Hespe [*DOC. SOL. Nº3*].
123. Asimismo, la obviedad del asunto llevó a la Demandante a confiar en la capacidad de Inmac para definir correctamente un uso ordinario que era evidente y ajustar la Máquina a la satisfacción del mismo. No cabe perder de vista que la Demandante quería la Máquina para fabricar componentes de automóvil, tal y como se infiere de la información que proporciona a Inmac sobre su actividad [*DOC. SOL. Nº 4*]. No hace falta ser un experto en el sector de la automoción para saber que las piezas de un motor son componentes de un automóvil, de hecho son elementos de gran importancia. Resulta por tanto evidente que la fabricación de componentes tan básicos para el sector de la automoción como son los componentes de un motor forma parte del uso ordinario de máquinas destinadas a dicho sector. Consecuentemente, no hace falta tampoco ser un experto para presumir que si una empresa se dedica a la fabricación de componentes de automóvil y busca adquirir una máquina con tal fin, si no especifica qué tipo de componentes, el uso ordinario abarca la fabricación de todo tipo de componentes y el proveedor habrá de entender que los pistones quedan incluidos.
124. Por tanto, cabe concluir que a Inmac se le proporcionó la suficiente información como para que, de acuerdo a la experiencia que afirmaba tener, hubiera conocido el uso al que se iba a destinar la Máquina naciendo la obligación de proporcionar un bien conforme a tal uso, se entienda como particular o como ordinario. Los intentos de la Demandada de defender que se trata de un uso particular son en vano porque, incluso de haber sido así, habría quedado obligada a proporcionar un bien conforme al mismo y puesto que se ha demostrado que la Máquina no era conforme a su uso ordinario [*CUESTIÓN 6 B*] resulta obvio que la Máquina tampoco era conforme para el uso particular que debería haber inferido Inmac de la información que le proporcionó la Demandante. Consecuentemente, particular u ordinario el uso, lo que sí está claro es que Inmac incumplió su obligación de entregar un bien conforme al art. 35(2) CNUCCIM en el momento de la entrega y que por dicho incumplimiento han de responder solidariamente ambas Demandadas.

CUESTIÓN 7: LA DEMANDANTE HA CUMPLIDO CON TODAS SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y ESTABA FACULTADA PARA RECHAZAR EL BIEN Y SUSPENDER EL PAGO DE LAS CUOTAS DE LEASING

125. Una vez probada la falta de conformidad del bien en la cuestión anterior, Inmel podía ejercer los derechos recogidos en el art. 14.2 LML: aceptar el bien, rechazarlo o resolver el contrato [A]. Inmel en ningún momento aceptó el bien objeto del contrato [B]. La opción elegida por Inmel fue la de rechazar el bien, que incluye, como derecho del arrendatario, la posibilidad de solicitar un bien sustitutivo [C]. Finalmente, aun asumiendo que Inmel sí llegó a aceptar el bien, tenía igualmente derecho a rechazarlo y solicitar un sustituto que sí fuera conforme al contrato [D].

A. Inmel, dada la falta de conformidad del bien, tenía derecho a aceptar el bien, rechazarlo o resolver el contrato

126. El art. 14.2 LML establece, en su apartado (a) que *“En todo contrato de leasing que no sea un contrato de leasing financiero, cuando (...) el activo no es conforme al contrato de leasing, el arrendatario tendrá derecho a aceptar el activo, rechazar el activo, o (...) a resolver el contrato de leasing. El arrendatario deberá comunicar el rechazo o la resolución en tiempo razonable desde la entrega disconforme del activo.”* Así, dado que ya se ha demostrado que el activo entregado no era conforme al contrato, Inmel podía ejercer los derechos contenidos en el art. 14.2.(a) es decir: aceptar el activo, rechazarlo o resolver el contrato.

B. Inmel no aceptó el bien

127. De conformidad con el art. 13 LML, que entiende que la aceptación tiene lugar cuando *“el arrendatario da a entender al arrendador o al proveedor que el activo es conforme al contrato, cuando no expresa objeción habiendo tenido una oportunidad razonable para inspeccionarlo, o cuando utilice el activo”*, Inmel no aceptó el bien ya que en ningún momento se dieron los hechos que la definen.
128. La aceptación no se produjo porque Inmel no dio a entender a ninguna de las demandadas que el bien era conforme al contrato. Desde luego, no se produjo notificación expresa alguna. Asimismo, la expresión *“Aquí tenemos para largo. Podéis iros, que yo creo que todo está bien”* dirigida por el capataz de Inmel a la Sra. Cotes y su equipo [DOC. RESP. N° 3] no puede ser entendida bajo ninguna circunstancia, en aplicación del principio de buena fe, como una aceptación tácita del bien. Como afirma la Sra. Cotes en su testimonio, los tests aún no habían terminado y nadie acepta un bien tras haber iniciado pero sin finalizar un test de conformidad.
129. Las dos formas de aceptación tácita enumeradas por la doctrina son el paso del tiempo o el uso del bien [CASTILLO TRIANA, P.37]. En este sentido, no se puede entender que la Demandante tuviera tiempo suficiente para examinar el bien sin prestar objeción [¶ 159] ni mucho menos que llegó a utilizar la Máquina. Si ni siquiera se completaron los tests porque la Máquina no funcionaba con los materiales que estaba destinada a procesar, no se puede entender que llegó a ser utilizada.

C. Inmel tenía derecho a rechazar el bien y solicitar un bien sustitutivo

130. La LML, al recoger el derecho a rechazar el bien -derecho que la doctrina entiende como esencial [CASTILLO TRIANA, P. 38]-, como distinto de la resolución del contrato y sin hacer mayores precisiones, da al arrendatario la elección entre la reparación del bien y la solicitud de un bien sustitutivo [I].
131. Aun considerando que la letra de la LML resulte insuficiente y que por tanto el derecho a *“rechazar”* el bien deba ser interpretado de manera más restrictiva, el rechazo y solicitud de la máquina por parte de Inmel seguiría siendo conforme a derecho.
132. Así, para la interpretación de la LML, su art. 4.2 afirma que *“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira”*. En este caso se pueden utilizar, como criterios interpretativos, tanto los Principios UNIDROIT [II] como la CNUCCIM como lex

mercatoria [III]. Ambos criterios pueden utilizarse ya que “pueden ser útiles en la interpretación de cualquier contrato de carácter internacional” [UNILEX 8908].

I. La aplicación de la Ley Modelo otorga el derecho a Inmel de solicitar un bien sustitutivo

133. Teniendo en cuenta que el rechazo y la resolución del contrato se recogen por separado, debe entenderse que el rechazo del bien, en aplicación del principio de buena fe, salvo que se demuestre lo contrario, no constituye una forma de resolución del contrato sino una demanda tácita por parte del arrendatario de entrega de un bien conforme. Esta nueva entrega de un bien conforme puede darse bien mediante la reparación del bien no conforme, bien mediante la entrega de uno sustitutivo, siguiendo la distinción hecha en el art. 46 CNUCCIM. Sin embargo, la LML no hace la división hecha por la CNUCCIM, que limita la sustitución del bien a los casos de incumplimiento más graves, sino que sólo mencionando el derecho a “rechazar” el bien deja ambas opciones al mismo nivel y por lo tanto a elección del arrendatario.
134. Así, en aplicación de la LML, y habiéndose probado la falta de conformidad de la Máquina al contrato de leasing, Inmel tenía pleno derecho a decidir sobre si quería un bien sustitutivo o que se procediese a la reparación del bien entregado, eligiendo la primera alternativa. Dado que la rapidez en la entrega de los pedidos pendientes era crucial [DOC. SOL. N° 2 Y 4] la solicitud de una nueva máquina, sin esperar a posibles reparaciones de duración desconocida, no sólo entraba dentro del derecho de la Demandante sino que resultaba además la opción más razonable atendidas las circunstancias (interpretación hecha por la doctrina del art. 12 COAF, de similar redacción [CRUCELAEGUI, P.224]).

II. La interpretación de la Ley Modelo conforme a los Principios UNIDROIT otorga el derecho a Inmel a solicitar un bien sustitutivo

135. Si nos dirigimos a los PU04, éstos contienen una regulación muy similar a la LML, fijando en su art. 7.2.3 que: “*El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los art. 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda*”.
136. En este sentido, el art. 7.2.1 no es aplicable al tratar la ejecución dineraria de las pretensiones. Del art. 7.2.2 sólo cabría considerar el apartado (b), que establece que se puede reclamar la prestación a menos que “(...) *la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa*”. Sin embargo, los comentarios a los PU04 afirman que este precepto sólo es aplicable en supuestos excepcionales, cuando se ha dado una alteración tal en las circunstancias que exigir el cumplimiento supondría atentar contra el principio de buena fe e igualdad entre las partes [P. UNIDROIT, P.211]. Por lo tanto, al no ser esto de aplicación a la relación entre Inmel y los demandados, éste podía perfectamente solicitar la sustitución de la Máquina defectuosa por una nueva aun cuando esto no sea política habitual de Inmac.

III. La aplicación de la CNUCCIM como *lex mercatoria*, supliendo las lagunas de la LML otorga el derecho a Inmel de solicitar un bien sustitutivo

137. Si, para la interpretación de la LML, acudimos a la CNUCCIM como *lex mercatoria*, los criterios interpretativos varían, pero el resultado es el mismo: Inmel actuó en todo momento en conformidad con los derechos que le correspondían.
138. Así, el art. 46 CNUCCIM afirma que: “*1. El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones (...); 2. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento*”.

139. Por lo tanto, considerando probado que la Máquina entregada no es un bien conforme al contrato de leasing, queda probar que tal falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial y que la petición de sustitución se formuló en el tiempo y forma requerido.
140. En primer lugar, para determinar si la falta de conformidad del bien constituye un incumplimiento esencial del contrato, debemos acudir al art. 25 CNUCCIM que establece que un incumplimiento es esencial cuando “(...) cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no hubiera previsto tal situación”. La jurisprudencia ha resaltado que el sistema recogido en la CNUCCIM “*distingue entre el incumplimiento esencial y el incumplimiento que pudiera ser calificado como accesorio, que, o bien no produce perjuicios apreciables, o bien produce perjuicios que pueden resolverse con una reparación y subsanación de los defectos, con una indemnización o con una reducción del precio*” [STS 17 DE ENERO DE 2008]. Así, en este caso, no procedía la reparación ni la reducción del precio ya que a Inmel sólo le interesaba una máquina capaz de procesar los materiales que usa en su proceso productivo.
141. El análisis de lo que debe entenderse como incumplimiento esencial debe hacerse a la luz de las circunstancias del caso. En particular, si el incumplimiento interfiere con otras actividades de la parte agraviada [COM. SEC.]. En este sentido, resulta evidente que el incumplimiento privó a Inmel de lo que tenía derecho a esperar del contrato de leasing. En interpretación de las comunicaciones entre Inmel y las demandadas, la Demandante estableció que, tal y como ya ha quedado probado, el uso de la Máquina sería torneear y transformar determinados materiales entre los que se encontraba el acero de alta aleación y alta dureza. Igualmente, dejó claro que el tiempo en esta operación era esencial [DOC. SOL. N° 2 Y 4]. Así, el incumplimiento por parte de las demandadas privó a Inmel de lo que podía esperar en virtud del contrato ya que lo que recibió fue una Máquina incapaz de procesar los materiales que ésta debía haber procesado [¶ 96]. Esto queda demostrado además por la actuación posterior de la Demandante que, tras confirmar la falta de conformidad de la Máquina entregada y la incapacidad absoluta de las demandadas para entregar una Máquina conforme, optó por la compra del modelo C-765-06 de Artesa [ORD. PROC. N° 2, PUNTO 14] que, a igualdad de precios [SOL., ¶12] sí trataba los materiales previstos. Adicionalmente, la falta de conformidad de la Máquina y la actuación posterior de las demandadas privando a Inmel de la pacífica posesión sobre la misma [CUESTIÓN 8] hizo que la Demandante se viera obligada a dar rebajas en varios pedidos, incluso perdiendo algunos de ellos [SOL., ¶27], incumpléndose por tanto el requisito de urgencia que se había dejado patente desde un principio. Es decir, el incumplimiento por parte de los demandados supuso el quebranto del proceso productivo de Inmel, lo que originó considerables daños.
142. En cumplimiento del art. 25 *in fine*, ya ha quedado demostrado que las demandadas debieron prever la falta de conformidad de la maquinaria entregada [CUESTIÓN 6, A.II] dado que una persona razonable en su situación de conocimientos y experiencia debía haberlo hecho.
143. Finalmente, podemos afirmar que el último requisito exigido por el art. 46 CNUCCIM para tener derecho a la sustitución de las mercaderías defectuosas, el deber de incluir la petición de sustitución en la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro de un plazo razonable, ha sido igualmente cumplido por Inmel. El art. 39 dice: “1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto. (...)”.
144. Dado que la petición de una máquina sustitutiva se hizo, en conformidad con el art. 46, en el mismo momento de la notificación (DOC. SOL. N°9), sólo queda examinar si dicha notificación se adecuaba a lo requerido por la CNUCCIM en su art. 39. Es decir, si se hizo en un plazo razonable y especificando la naturaleza de la falta de conformidad. El análisis de estos requisitos demuestra la intachable conducta de Inmel.
145. La notificación en un plazo razonable es incuestionable ya que ésta fue hecha el día 16 de octubre a las 10:35 am [DOC. SOL. N° 9], el día posterior a la instalación de la Máquina por parte del servicio

técnico de Inmac y el mismo día en el que se detectó el fallo ya que los tests aún proseguían a las 0:05 del 16 de octubre [DOC. RESP. N° 3], no pudiéndose por tanto notificar antes ya que el fallo aún no había, ni podía haber sido detectado.

146. En lo que se refiere a la especificación del fallo, la jurisprudencia entiende dicho requisito como una forma de proteger al vendedor frente a alegaciones de difícil comprobación y dejar a salvo su derecho a subsanar el defecto [BRIENISSEN Y COM. SEC.]. Esto se da en este supuesto ya que los operarios de Inmac pudieron retirar la Máquina para su análisis sin ningún impedimento. Adicionalmente, Inmac renunció a su derecho a subsanar el fallo al desoír las peticiones de sustitución de la Demandante.
147. Aun así, la naturaleza del fallo fue suficientemente especificada de acuerdo con la complejidad del mismo y los menores conocimientos técnicos de los operarios de Inmel. Es más, la notificación se llevó a cabo siguiendo las instrucciones de Inmac que afirmó que si surgía cualquier problema el personal de Inmel no debía tocar la máquina sino contactar inmediatamente con Inmac [ORD. PROC. N°2, PUNTO 9.2]. Por lo tanto, sin poder explorar la máquina a fondo, no se podía haber sabido más del fallo que lo citado en la notificación.
148. En cualquier caso, los requisitos arriba mencionados no eran necesarios ya que Inmac debió conocer la falta de conformidad [CUESTIÓN 6. AII] por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 40 CNUCCIM.
149. En definitiva, indiferentemente de la interpretación que se haga del art. 14.2(a) de la LML, la actuación de Inmel, rechazando la máquina y solicitando una sustitutiva, fue acorde al derecho que le correspondía como arrendatario.

D. Aunque se estime que el bien fue objeto de aceptación por parte de Inmel, ésta tenía derecho a rechazarlo y solicitar un bien sustitutivo

150. Aun cuando el tribunal estime que sí se produjo la aceptación, los derechos de la Demandante se ven inalterados.
151. El art. 14.2(b) LML establece que “(...) una vez el arrendatario ha aceptado el activo, (...) sólo podrá rechazar el activo (...) si la falta de conformidad disminuye sustancialmente el valor del activo y: el arrendatario ha aceptado el activo sin conocer su falta de conformidad, debido a la dificultad de descubrirla (...)”.
152. En este sentido, la falta de conformidad del bien, que supone su incapacidad para procesar una considerable parte de los materiales que debía procesar, disminuye su valor sensiblemente. Entendiendo valor como el precio que estaría dispuesto a pagar el comprador de conocer las auténticas características del bien y su aptitud para satisfacer sus necesidades, se puede afirmar que el valor otorgado por Inmel a la máquina A464-07 es considerablemente inferior al estipulado en el contrato. La interpretación de valor en sentido subjetivo debe hacerse ya que la LML elige este criterio a diferencia del de precio (igualmente, en la versión en inglés, el término utilizado es el de “value”).
153. Finalmente, podemos afirmar que, de conformidad con el art. 14.2(b)(i), si se entiende que se produjo la aceptación, ésta se produjo porque Inmel no conocía la falta de conformidad dada la dificultad de descubrirla en el momento en que se presumiría aceptado el bien (0:05 del 16 de octubre [DOC. RESP. N°3]). En este sentido, en interpretación del art. 38.1 CNUCCIM, la jurisprudencia entiende que el plazo para la inspección no inicia sino hasta cuando fuera posible, tenidas en cuenta las características del bien [BATI-SEUL V. CERAMICHE]. Así, la Sra. Cotes afirma que en ese momento se habían introducido sólo unas placas de PVC, material sensiblemente menos duro que el acero. Dado que la falta de conformidad deriva de la incapacidad de la Máquina para moldear determinados aceros debido a la dureza de éstos, en ese momento resultaba imposible conocer dicha disconformidad ya que el test se inicia con los materiales más blandos, aumentando la dureza a lo largo del mismo.

E. Inmel tenía derecho a interrumpir el pago de las cuotas derivadas del contrato de leasing

154. La LML afirma, en su art. 14.2(c) que, cuando el arrendatario rechace el activo “*de acuerdo con la presente Ley*” éste “*tendrá derecho a suspender los pagos periódicos hasta que la falta de conformidad haya sido subsanada*”. Así, dado que ya se ha demostrado que al rechazar el bien INMEL actuó de conformidad con la LML y el contrato de leasing, la interrupción de los pagos por parte de la Demandante [DOC. SOL. N° 15] resulta perfectamente legítima [CASTILLO TRIANA, P. 39].

CUESTIÓN 8: MÁS ALLÁ DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL, EXISTEN OTROS ELEMENTOS QUE JUSTIFICAN LA ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS

155. En virtud del art. 21 de la LML: “*ocurrido el incumplimiento, la parte perjudicada tendrá derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios que, (...) le sitúen en la situación en que se habría encontrado de haberse cumplido el contrato de acuerdo con sus términos.*” Como ha quedado demostrado la falta de conformidad del bien para su uso ordinario [CUESTIÓN 6], implica no solo el incumplimiento de Inmac sino también Hespe [CUESTIÓN 5]. La Demandante tendría una acción para exigir la indemnización de los daños producidos por este incumplimiento siempre y cuando se pueda probar el daño efectivo. Además de la falta de conformidad, no se le suministró un bien sustitutivo en un tiempo razonable [A] ni se le garantizó su pacífica posesión [B].

F. Las Demandadas actuaron en perjuicio de la Demandante al no procurarle un bien sustitutivo en un tiempo razonable

156. Ha quedado demostrado que Inmel tenía un derecho a solicitar una máquina nueva [CUESTIÓN 7]. Si bien la CNUCCIM también le reconocía un derecho a exigir la reparación del bien (art. 46(2)), en atención a la urgente necesidad de reanudar la producción, Inmel optó por exigir una máquina nueva. Por tanto, Inmac no tenía ningún derecho a decidir por sí solo que iba a reparar el bien cuando no había recibido petición alguna al respecto sino que debería haber atendido la petición de Inmel de una máquina nueva. Asimismo, el derecho de Hespe a subsanar su incumplimiento (art. 14 d) LML) se define en los términos de la CNUCCIM (art. 4.2 LML) por lo que no podía tampoco decidir por sí mismo la reparación de la Máquina desatendiendo la legítima petición de Inmel. El hecho de que Inmac y Hespe desoyeran la petición de la Demandante de una máquina nueva, fundada en el contrato y en la ley aplicable, implicó una vulneración de sus deberes contractuales y legales que privó a Inmel de la maquinaria necesaria para atender sus pedidos, causándole así un grave daño económico.
157. La Demandante necesitaba la Máquina para poder manufacturar los productos que venía suministrando a empresas como Incaíca Motor SA, y Ferosa Automóvil SA, del grupo multinacional Sac Motor [DOC. SOL. N°2]. Desde un primer momento, se estableció que necesitaría disponer de la máquina desde mediados de octubre de 2009. No obstante, debido a los problemas existentes, Inmel incurrió en retrasos con sus clientes, debiendo aplicar descuentos para compensarles; y aun así perdiendo algunos pedidos.

G. Hespe no garantizó la posesión pacífica del bien, perjudicando así a la Demandante, e incumpliendo una de sus obligaciones

158. En virtud del art. 16.2 de la LML, “*en todo contrato de leasing que no sea un contrato de leasing financiero, el arrendador garantiza que su posesión pacífica no será perturbada por una persona con título o derecho preferencial*”. Por tanto, en este supuesto, Hespe debía garantizar la libre disposición de la Máquina para la Demandante.
159. Tras la actuación defectuosa de la Máquina, el Sr. Buendía, se puso en contacto con los responsables de Inmac y Hespe, para hacerles saber la situación y requiriendo la sustitución del bien [DOC. SOL. N°9]. Acto seguido, los técnicos de Inmac desmontaron la Máquina y se la llevaron, depositándola en las instalaciones de Chapusa, quien llevó a cabo una revisión sobre la misma. El Sr. García Márquez

se puso en contacto con el Sr. Buendía con fecha 31 de octubre de 2009, para notificarle que la máquina se encontraba en las instalaciones de Chapusa, donde debería recogerla, previo pago de 3,000€ [DOC. SOL. N°11].

160. En débase al Derecho nacional de Andina, quien repara o manipula una máquina tiene un privilegio de retención, que prevalece sobre el derecho del propietario o arrendatario, hasta que se pague el coste debido [DOC. SOL. N°15]. Chapusa por tanto tenía un derecho preferencial sobre el Demandante, al ser Inmel un arrendatario del bien. Este privilegio de retención impedía a Inmel disponer de la Máquina sin pagar previamente la cantidad correspondiente. Hespe por tanto, fracasando flagrantemente en su obligación de garantizar la pacífica posesión a Inmel.
161. El art. 16.3 de la LML establece: *“salvo por lo previsto en el art. 23(1)(c), la única acción en caso de perturbación de la posesión pacífica del arrendatario en virtud del (...) párrafo 2 es la acción de daños y perjuicios en contra del arrendador.”* Por tanto, en este caso, al ser de aplicación el art. 16.2 de la LML, Inmel puede pedir a Hespe los daños y perjuicios acaecidos por la perturbación a su pacífica posesión.

CUESTIÓN 9: AUNQUE SE CONSIDERE QUE LA RELACIÓN QUE UNE A LA DEMANDANTE Y HESPE ES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO, LAS DEMANDADAS SIGUEN INCURRIENDO EN RESPONSABILIDAD

162. Si el tribunal arbitral considera que el contrato objeto de la controversia debe calificarse como un arrendamiento financiero, la ley aplicable a la resolución de la controversia será la COAF [A]. En virtud de lo dispuesto en la citada convención, Hespe e Inmac son conjunta y solidariamente responsables ante INMEL [B]. Esta responsabilidad se deriva de la falta de conformidad del bien suministrado [C] y se traduce en los derechos de Inmel a rechazar el bien y solicitar un bien sustitutivo [D] e interrumpir el pago de las cuotas del contrato de leasing [E]. Adicionalmente, los demandados deben indemnizar a Inmel por los perjuicios causados por la falta de conformidad del bien y su posterior conducta [F].

A. En caso de considerarse el contrato como un arrendamiento financiero, resulta de aplicación la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional

163. Teniendo en cuenta las distinciones hechas por la LML, las partes y la propia COAF, es posible afirmar que existen dos tipos de leasing excluyentes entre sí: arrendamiento financiero y arrendamiento no financiero, entendiéndose éste último como aquel que no reúne los requisitos del primero.
164. Por lo tanto, si se entiende que la calificación concreta del contrato es la de arrendamiento financiero, esto se deberá a la consideración de que sí reúne los requisitos para ser considerado como tal. En particular, el art. 1 COAF que determina si ésta se aplica a una operación o no. Adicionalmente, el art. 3.1 COAF establece que *“(...) se aplica cuando el arrendador y el arrendatario tienen sus establecimientos en Estados diferentes y (...) aquellos Estados y el Estado en que el proveedor tiene su establecimiento son Estados contratantes; (...)”*.
165. Dado que Cervantia, Andina y Ferosa han ratificado sin reservas la COAF y se considera que la relación contractual objeto del litigio cumple los requisitos para ser considerado como arrendamiento financiero, la ley aplicable es la COAF.

B. Inmac y Hespe son solidariamente responsables ante Inmel por el incumplimiento del contrato y los daños causados

166. El art. 10 COAF afirma, en su apartado primero, que: *“Las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el arrendatario, como si él mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el equipo debiera serle suministrado directamente. (...)”*. El art. 12 COAF, en su apartado 1 establece a su vez que: *“Cuando el equipo (...) no está en conformidad con el contrato (...):(a) el arrendatario tiene frente al arrendador el derecho a*

rechazar el equipo o de resolver el contrato de arrendamiento (...) como si (...) hubiera comprado el equipo al arrendador conforme a los mismos términos del contrato de suministro”.

167. En consecuencia, tanto Hespe como Inmac son responsables frente a Inmel conforme al contrato de suministro.
168. Esta responsabilidad sin embargo no es independiente frente a Inmel, sino que, tal y como se desprende de la interpretación de la COAF y la actuación de los Demandados, es solidaria. En el mismo sentido de la Cuestión 5 del presente escrito.
169. En este sentido, el art. 12.6 COAF, que regula la responsabilidad del arrendador frente al arrendatario, establece que: *“Nada de lo dispuesto en este art. afectará los derechos del arrendatario contra el proveedor en conformidad con el art. 10.”*. Dicho art. 10, al fijar la responsabilidad del proveedor, afirma que: *“(...) el proveedor no será responsable ante el arrendador y el arrendatario con respecto a un mismo daño”*
170. La interpretación conjunta de estos dos preceptos nos lleva a deducir la responsabilidad solidaria del arrendador y el proveedor frente al arrendatario. Así, si la responsabilidad no fuera solidaria, el arrendador podría dirigirse por la totalidad del daño causado tanto contra el arrendador como contra el proveedor y sin embargo el arrendador no podría repetir frente al proveedor por la parte proporcional de lo que le tocara indemnizar debida al incumplimiento del mismo. En definitiva, el arrendatario se debe dirigir por la totalidad del daño contra ambos demandados de manera conjunta, quedando así a salvo el derecho del arrendador a repetir contra el proveedor de entender que la indemnización debida deriva del incumplimiento previo de éste.
171. Un mayor indicio a lo arriba mencionado es la decisión de las Demandadas de reservarse el *“derecho a repetir contra la otra una vez finalizado el presente procedimiento”* [ORD. PROC. 2ª, PUNTO 22] y nombrar una representación letrada conjunta que confirma su propio convencimiento sobre la naturaleza solidaria de sus obligaciones.

C. El bien suministrado no era un bien conforme al contrato de suministro

172. Como se ha visto en el apartado anterior, la responsabilidad de los demandados se fijará conforme a los términos del contrato de suministro [DOC. SOL. N°8]. Dicho contrato de suministro está regulado por la CNUCCIM tal y como se recoge en su cl. 20.
173. Por lo tanto, resulta de aplicación todo lo dicho al respecto en la Cuestión 6 de este escrito. Así, indiferentemente de la calificación del contrato como de arrendamiento financiero o no financiero, la máquina entregado por Inmac no es un bien conforme al contrato.

D. Inmel tenía, de conformidad con la ley aplicable, derecho a rechazar el bien y a solicitar un bien sustitutivo

174. De manera análoga, al ser de aplicación la CNUCCIM al contrato de suministro, y los derechos y obligaciones se fijan en aplicación de ésta, todo lo dispuesto en la Cuestión 6, B.III de este escrito resulta de aplicación. Así, según la CNUCCIM y lo ya expuesto, Inmel actuó en todo momento conforme a los derechos que le correspondían.

E. Inmel actuó, al interrumpir el pago de las cuotas, de conformidad con los derechos que le corresponden

175. El art. 12 COAF establece que: *“3. El arrendatario tendrá derecho de retener el pago de las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento hasta que el arrendador haya subsanado el cumplimiento de su obligación de entregar el equipo conforme al contrato de suministro o hasta que el arrendatario haya perdido el derecho de rechazar el equipo”.*
176. Así, dado que ya se ha demostrado que el bien no era conforme y que, al rechazar el bien Inmel actuó correctamente, la aplicación del citado art. de la COAF permite a Inmel interrumpir el pago de las cuotas hasta que Hespe subsane su incumplimiento entregando un bien conforme al contrato.

F. La Demandada no garantizó la posesión pacífica del bien, perjudicando así a la Demandante, e incumpliendo una de sus obligaciones

177. Al estar ante un supuesto de arrendamiento financiero, es de aplicación la COAF, la cual establece en su art 8.2 que: *“el arrendador garantiza al arrendatario que su posesión tranquila no será perturbada (...), siempre que tal título, derecho o demanda no deriven de un acto u omisión del arrendatario.”* En el presente caso, la perturbación a la pacífica posesión de la Demandante no se deriva de ninguna manera de un acto u omisión que le sea imputable.
178. La Demandante notificó tanto a Inmac como a Hespe, con fecha 16 de octubre de 2009, que la Máquina era defectuosa, y solicitó una nueva [DOC. SOL. N°9]. Inmac procedió a enviar a su equipo técnico, quien desmontó la Máquina y se la llevó. Inmel no tuvo conocimiento de las intenciones de las Demandadas de reparar la Máquina, en vez de suministrar un nuevo bien. Es cierto que la Máquina se retiró de las instalaciones de Inmel con su consentimiento. No obstante, de haber sabido que no le iban a suministrar una máquina nueva, y que la Máquina se la llevaban a reparar, Inmel no habría actuado de la misma manera. Por tanto, el derecho preferencial se adquiere sin un acto imputable a Inmel.
179. La COAF no regula una indemnización por el incumplimiento de esta obligación. No obstante, la LML sí que lo regula en su art. 16.3, el cual hace referencia a su vez al art. 16.1 (a), que establece: *“el arrendador garantiza al arrendatario que su posesión pacífica del activo no será perturbada por una persona con título o derecho preferencial.”* Pues bien, en este supuesto Inmel es privado de la posesión de la Máquina, debido a un acto doloso de Hespe.
180. La Sra. Del Carpio, autoriza a Inmac a retirar la máquina y a hacer *“lo que sea preciso para solucionar el problema”* [DOC. SOL. N°13]. Es esta autorización la que lleva a Inmac a depositar la máquina en el domicilio de Chapusa, adquiriendo así ésta un derecho de retención sobre el bien.
181. No es válido el argumento de Hespe en su respuesta a la solicitud de arbitraje de que: *“la Sra. Del Carpio entendió que las partes debían tratar de solucionarlo entre ellas. Cuando recibió el correo electrónico del Sr. García Márquez, su consentimiento no estaba siendo recabado; sino que estaba siendo informado de las futuras actuaciones”* [RESP. SOL. ¶.9]. En el correo electrónico que manda el Sr. García Márquez, éste solicita la aprobación de la Sra. Del Carpio, ya que dice textualmente: *“si os parece, voy a volverlos a enviar para que comprueben el estado de la máquina y decidan qué es lo que resulta más conveniente, sin descartar ninguna opción”* [DOC. SOL. N°13]. Por tanto, el consentimiento que efectúa Hespe, acto doloso, es el que lleva a INMAC a depositar la Máquina en las instalaciones de Chapusa.
182. Por tanto, Inmel puede acudir por la vía directa de la LML para pedir los daños y perjuicios que le ha causado la vulneración de su derecho a la pacífica posesión.

PETICIONES DE LA DEMANDANTE QUE SE SOMETEN AL TRIBUNAL ARBITRAL

En respuesta a las Órdenes Procesales del Tribunal y la Respuesta a la Solicitud de las Demandados, se formulan las siguientes peticiones al Tribunal Arbitral en nombre de la Demandante. Por las razones que se formulan en este Escrito, se solicita al tribunal que declare:

Que el Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre el fondo de la presente controversia, tanto en relación con Hespe [*CUESTIÓN 1*] como en relación con Inmac [*CUESTIÓN 2*].

Que se ha cumplido con el requisito de la negociación previa de buena fe [*CUESTIÓN 3*].

Que la relación existente entre la Demandante y Hespe es un arrendamiento no financiero [*CUESTIÓN 4*].

Que la naturaleza de la relación de Hespe y la Demandante justifica la responsabilidad solidaria de las Demandadas [*CUESTIÓN 5*].

Que la Máquina no era conforme al contrato [*CUESTIÓN 6*].

Que la Demandante ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales y estaba facultada para rechazar el bien y suspender el pago de las cuotas de leasing [*CUESTIÓN 7*].

Que más allá de la relación contractual, existen otros elementos que justifican la asunción de responsabilidad de las Demandadas en el presente caso [*CUESTIÓN 8*].

Que aunque se considere que la relación entre la Demandante y Hespe es de arrendamiento financiero, las demandadas siguen incurriendo en responsabilidad [*CUESTIÓN 9*].

Que las demandadas deberán responder solidariamente de todos los daños causados a la Demandante, en la cuantía que se determine en una etapa procesal posterior.

Madrid, 14 de marzo de 2010

Carmen Alfonso Rico

F. Javier Martínez Díaz

Sebastián Mejía García

Reka Palla Barroso

Victoria Pérez de la Cruz Oña

Marta Sánchez-Blanco Gómez-Gil



Universidad Carlos III de Madrid

II Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil MOOT Madrid 2010

ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

En representación de:

Hesperia Leasing Co.

Avda. Ginés de Pasamonte,
nº 47
Barataria, Cervantia

Industrias Macapagal, S.L.

Carretera de Tagal, Km. 20
Luzonia, Ferosa

Contra:

**Industrias Melquíades,
S.A.**

Avda. Aureliano Buendía,
nº 112
Ciudad de Incaica, Andina

ÁLVARO
PUIG
GARCÍA

IRENE
ROBLEDO
DE CASTRO

ANA M^a
RODRÍGUEZ
CONDE

JENNIFER
RUIZ
MORENO

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	V
LISTA DE AUTORIDADES	VII
LISTA DE JURISPRUDENCIA	XIII
NORMATIVA APLICABLE.....	2
A. Normas aplicables al procedimiento.....	2
B. Normas aplicables a la parte sustantiva	2
ARGUMENTACIÓN PARTE PROCESAL.....	3
PRIMERA. LA CLÁUSULA 41 NO ES APLICABLE	4
A. La Cláusula 41 de las Condiciones Generales no es aplicable	5
i. La Cláusula 41 de las Condiciones Generales entra en contradicción con la Cláusula 17 del Clausulado Básico	5
ii. Prevalece la Cláusula 17 del Clausulado Básico.....	5
B. No se admite la incorporación por referencia de la Cláusula 41	6
SEGUNDA. LA CLÁUSULA 17 DE LA CARTA DE CONFIRMACIÓN NOS CONDUCE A UN PROCESO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS	8
A. No existió negociación	8
B. Las interpretaciones del término “jurisdicción” nos conducen a los tribunales ordinarios	10
i. La interpretación de la voluntad de las partes nos conduce a los tribunales ordinarios	10
ii. La interpretación literal del término “jurisdicción” nos conduce a los tribunales ordinarios	11
C. La Cláusula 17 no cumple los requisitos para ser una cláusula arbitral	12
Conclusión.....	13
TERCERA. INMAC NO DEBE SOMETERSE A ARBITRAJE.....	13
A. No existe ninguna relación contractual entre INMEL e INMAC	13
i. No existe ninguna voluntad de INMAC de someterse a arbitraje	14
ii. No se puede extender la cláusula de resolución de controversias de INMEL y Hespe Leasing a INMAC.....	14
B. La cláusula arbitral entre INMAC y Hespe Leasing no vincula a INMAC con INMEL.....	15

Conclusión.....	15
CONCLUSIÓN ARGUMENTACIÓN PROCESAL.....	16
ARGUMENTACIÓN PARTE SUSTANTIVA	16
PREVIA. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO. EL ARRENDATARIO ELIGIÓ AL ARRENDADOR Y AL PROVEEDOR	16
PRIMERA. EL CENTRO DE MECANIZADO ERA CONFORME A LOS CONTRATOS	17
A. El Arrendatario recibió exactamente el modelo de Centro de Mecanizado que solicitó	17
B. El Centro de Mecanizado es apto para su uso ordinario.....	17
C. El Arrendatario no comunicó que fuera a dar a la Máquina un uso especial.....	19
i. El Arrendatario no comunicó expresamente un uso especial	20
ii. El Arrendatario no comunicó tácitamente un uso especial	20
Conclusión.....	21
SEGUNDA. EL ARRENDATARIO NO PODÍA EXIGIR LA SUSTITUCIÓN DE LA MÁQUINA.....	21
A. El Arrendatario no puede exigir la sustitución de la Máquina al Proveedor	21
B. El Arrendatario no puede exigir la sustitución de la Máquina al Arrendador	22
Conclusión.....	23
TERCERA. EL ARRENDADOR NO INCUMPLIÓ LA GARANTÍA DE LA POSESIÓN PACÍFICA DEL CENTRO DE MECANIZADO	23
A. El Arrendador no realizó ningún acto u omisión dolosa o negligente.....	23
B. El Arrendatario actuó de manera negligente.....	23
Conclusión.....	24
CUARTA. EL ARRENDATARIO NO PODÍA INTERRUMPIR EL PAGO DE LAS CUOTAS DE LEASING Y SU ACTUACIÓN SUPONE UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	24
Conclusión.....	25
QUINTA. EL ARRENDADOR Y NO EL ARRENDATARIO ESTABA LEGITIMADO PARA RESOLVER EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	25
A. El Arrendatario no estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento	25
B. El Arrendador estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento	27

i. El Arrendatario estaba obligado a pagar las cuotas de leasing.....	27
ii. El Arrendatario incumplió el Contrato de Arrendamiento	27
iii. El Arrendador estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento	27
Conclusión.....	29
CONCLUSIÓN A LA PARTE SUSTANTIVA	30
PETITUM.....	30

LISTA DE ABREVIATURAS

art.	Artículo
Avda.	Avenida
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCIM	Convención de las Naciones Unidas, de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Doc.	Documento
Docs.	Documentos
e.g	Exempli gratia (en español “
Hespe Leasing	Hesperia Leasing Co.
i.e.	It est (en español “esto es”)
Infra	Debajo
INMAC	Industrias Macapagal, S.L.
INMEL	Industria Melquíades, S.A.
km.	Kilómetro
nº	Número
pág.	Página
págs.	Páginas
párr.	Párrafo
párrs.	Párrafos
PECL	Principles of European Contract Law (en español “Principios europeos de Contratación”)
RAE	Real Academia Española de la lengua
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España

Supra

Arriba

UNCITRAL

United Nations Commission for International Trade Law
(en español, CNUDMI – Comisión de las Naciones
Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-).

UNIDROIT

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho
Privado Internacional

v.

Contra

vid.

Ver

€

Euros

LISTA DE AUTORIDADES

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION	<i>Drafting Dispute Resolution Clauses. A Practical Guide</i> Disponible en: http://www.adr.org/sp.asp?id=29159 Citado como AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION
----------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

ARTUCH IRIBERRI, E.	<i>El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional</i> EUROLEX (1997) Citado como ARTUCH IRIBERRI
---------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

BERNSTEN, H. & LOOKOFSKY, J.	<i>Understanding the CISG in Europe</i> Kluwer Law International (1997) Citado como BERNSTEIN&LOOKOFSKY
---------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------

BIANCA, C.M.	<i>Comments on Article 35 CISG [Conformity of Goods]</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html Citado como BIANCA
--------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

BISHOP, R.D.	<i>A practical guide for drafting international arbitration clauses</i> Disponible en: http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf Citado como BISHOP
--------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

BORN, G.B.	<i>International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing</i> Kluwer Law International (2006) Citado como BORN
------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

BRICEÑO SIERRA, H.	<i>El arbitraje comercial</i> Cámara de Comercio de la Ciudad de México (1979) Citado como BRICEÑO SIERRA
--------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------

BROWN, S. & CERVENAK, C. &FAIRMAN, D.	<i>Alternative Dispute Resolution. Practitioners' Guide</i> Disponible en: http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacb895.pdf Citado como BROWN&CERVENAK&FAIRMAN
---------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

-
- | | |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BRUNI, A. | <i>How to draft appropriate ADR clauses into comercial contracts</i>
Disponible en:
http://adrresources.com/docs/adr/2-4-137/DRAFTING%20ADR%20CLAUSES%20by%20Alessandro%20Bruni.pdf
Citado como BRUNI |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CAIVANO, R.J. | <i>La clausula arbitral: evolución histórica y comparada</i>
Colección Textos de Jurisprudencia (2008)
Citado como CAIVANO |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CALVO CARAVACA, A.L. & FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. | <i>El arbitraje comercial internacional</i>
Tecnos (1989)
Citado como CALVO CARAVACA&FERNÁNDEZ |
|----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|-----------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CRAIG, W.L. & PARK, W.W. & PAULSSON, J. | <i>International Chamber of Commerce Arbitration</i>
Oceana Publications, Inc. (1998)
Citado como CRAIG&PARK&PAULSSON |
|-----------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CREMADES, B.M. | <i>La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje</i>
Disponible en:
http://aryme.com/ensayos-105.php
Citado como CREMADES |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| D'AMBRUMENIL, P.L. | <i>What is Dispute Resolution?</i>
LLP (1998)
Citado como D'AMBRUMENIL |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|-------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M. | <i>Asimetría, separabilidad, sinalagma</i>
Disponible en:
http://www.vscf.net/docs/073mdb.pdf
Citado como DE BENITO |
|-------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|---------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DE LA IGLESIA MONJE, M.I. | <i>El principio de conformidad del contrato en la Compraventa Internacional de Mercaderías</i>
Centro de Estudios Registrales (2002)
Citado como IGLESIA MONJE |
|---------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-

-
- | | |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DIMATTEO, L. | <i>International sales law, A critical analysis of CISG jurisprudence</i>
Cambridge (2005)
Citado como DIMATTEO |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DÍEZ-PICAZO Y PONCE
DE LEÓN, L. | <i>La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena</i>
Editorial Civitas, S.A. (1997)
Citado como DÍEZ-PICAZO |
|------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| EISA SHIRI, H. | <i>Arbitration Agreement Clauses</i>
Disponible en:
http://www.zawya.com/Story.cfm/sidZAWYA20090824071705/
Arbitration%20Agreement%20Clauses%20/
Citado como EISA SHIRI |
|----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ESCOVAR ALVARADO,
R. | <i>Los acuerdos de arbitraje patológicos</i>
Disponible en:
http://www.cedca.org.ve/documentos/legal_report/nov_dic.pdf
Citado como ESCOVAR |
|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FELEMEGAS, J. | <i>An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law</i>
Cambridge University Press (2007)
Citado como FELEMEGAS |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FERNÁNDEZ ROZAS,
J.C. & ARENAS
GARCÍA, R. & DE
MIGUEL ASENSIO, P.A. | <i>Derecho de los negocios internacionales</i>
IUSTEL (2007)
Citado como FERNÁNDEZ ROZAS&ARENAS&DE MIGUEL |
|------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FISAS, V. | <i>Abordar el conflicto: la negociación y la mediación</i>
Revista Futuros nº 10. Volumen 3 (2005)
Citado como FISAS |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|-------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FOUCHARD, P. &
GAILLARD, E. &
GOLDMAN, B. | <i>Traité de l'arbitrage commercial international</i>
Litec. Librairie de la Cour de Cassation (1996)
Citado como FOUCHARD&GILLARD&GOLDMAN |
|-------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-

-
- | | |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FOX Jr., W.F. | <i>International Commercial Agreements. A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes</i>
Kluwer Law and Taxation Publishers (1992)
Citado como FOX |
|---------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GAILLARD, E. &
SAVAGE, J. | <i>Fouchard,, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration</i>
Kluwer Law International (1999)
Citado como GAILLARD&SAVAGE |
|------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GARNETT, R.
&GABRIEL, H &
WAINCYMER, J. &
EPSTEIN, J. | <i>A Practical Guide to International Commercial Arbitration</i>
Oceana Publications, Inc. (2000)
Citado como GARNETT&GABRIEL&WAINCYMER&EPSTEIN |
|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| GRAFFI, L. | <i>Case Law on the Concept of Fundamental Breach in the Vienna Sales Convention</i>
Disponible en:
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html
Citado como GRAFFI |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| HANOTIAU, B. | <i>Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions</i>
Kluwer Law International (2005)
Citado como HANOTIAU |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JIMÉNEZ FIGUERES, D. | <i>Arbitraje Comercial Internacional. Apuntes sobre arbitrabilidad.</i>
Disponible en:
http://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D129C0728/1/material_docente/objeto/175630
Citado como JIMENEZ FIGUERES |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| KORPINEN, A. | <i>On Legal Uncertainty Regarding Timely Notification of Avoidance of the Sales Contract</i>
Disponible en:
http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/korpinen.html
Citado como KORPINEN |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-
- | | |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LEISINGER, B.K. | <i>Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods</i>
European Law Publishers (2007)
Citado como LEISINGER |
|-----------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
-

LEW, J.D.M. & MISTELLIS, L.A. & KRÖLL, S.M.	<i>Comparative International Commercial Arbitration</i> Kluwer Law International (2003) Citado como LEW&MISTELLIS&KRÖLL
LIU, C.W.	<i>The Concept of Fundamental Breach</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html Citado como LIU
LOOKOFSKY, J.	<i>Understanding the CISG in Scandinavia</i> II Edición (2002) Citado como LOOKOFSKY
LOQUIN, E.	<i>L'arbitrage du commerce international</i> Dictionnaire JOLY. Practique des contrats internationaux. Livre X (2001) Citado como LOQUIN
MNOOKIN, R.H. & PEPPET, S.R. & TULUMELLO, A.S.	<i>Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes</i> Belkna Press of Harvard University Press (2000) Citado como MNOOKIN&PEPPET&TULUMELLO
MOFFITT, M.L. & BORDONE, R.C.	<i>The Handbook of Dispute Resolution</i> JOSSEY-BASS (2005) Citado como MOFFITT&BORDONE
NYER, D.	<i>With Holding Perfomance for Breach in International Transactions: an Exercise in Equiations Proportions or Coercion?</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nyer.html
PERALES VISCASILLAS, P.	<i>La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías</i> Tirant lo Blanch (1996) Citado como PERALES VISCASILLAS
REDFERN, A & HUNTER, M. &BLACKABY, N. &PARTASIDES, C.	<i>Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional</i> THOMSON ARANZADI (2006) Citado como REDFERN&HUNTER

RHOADES, R. & KOLKEY, D.M. & CHERNICK, R.	<i>Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation</i> JurisNet, LLC (2007) Citado como RHOADES&KOLKEY&CHERNICK
SCHLECHTRIEM, P. & SCHWENZER, I.	<i>Commentary on the UN Convention on International Sale of Goods (CISG)</i> Oxford University Press (2005) Citado como SCHLECHTRIEM
THE STATE BAR OF CALIFORNIA	<i>¿Cómo puedo resolver mi disputa sin un juicio?</i> Disponible en: http://calbar.ca.gov/calbar/pdfs/publications/Pamphlet_Resolve-Dispute_Spanish.pdf Citado como THE STATE BAR OF CALIFORNIA
TWEEDDALE, A. &TWEEDDALE, K.	<i>Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice</i> Oxford University Press(2005) Citado como TWEEDDALE&TWEEDDALE
UNCITRAL DIGEST CASE LAW	<i>UNCITRAL Digest Case Law</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-toc.html Citado como UNCITRAL DIGEST CASE LAW
UNIDROIT	<i>Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales</i> THOMSON ARANZADI (2007) Citado como UNIDROIT

LISTA DE JURISPRUDENCIA

Alemania

Caso New Zealand Mussels, Corte Federal Suprema
8 de marzo de 1995
Citado como Caso New Zealand Mussels

Caso Café Inventory, Corte Provincial de Apelación
25 de enero de 2008
Citado como Caso Café Inventory

Canadá

Caso Canadian Rational Railway Co. v. Lovat Tunnel
Equipment Inc., Corte de Apelación de Ontario
8 de julio de 1999
Citado como Caso Canadian Rational Railway Co. v. Lovat
Tunnel Equipment Inc., Corte de Apelación de Ontario

Caso CLOUT n° 70, Nanisivik Mines Ltd. v. Canarctic
Shipping Co. Ltd., Corte Federal de Apelación
10 febrero 1994
Citado como Caso Nanisivik

España

Caso del Tribunal Constitucional 43/1998, de 24 de febrero
Citado como STC 43/1998

Caso de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de
2008
Citado como AP Barcelona 28 abril 2004

Estados Unidos

Caso Cargill Inc. v. Goldern Chariot, Corte de Apelación del
Quinto Circuito
1994
Citado como Caso Cargill Inc. v. Goldern Chariot

Francia

Caso Roses v. Moller et Cie., Corte de Casación francesa
27 de julio de 1937
Citado como Caso Roses v. Moller et Cie.

Caso Psychikon Compañía Naviera Panama v. Sté Sier et Al.,
Corte de Casación
7 de enero de 1992
Citado como Caso Psychikon Compañía Naviera Panama v. Sté
Sier et Al.

Caso Bomar Oil v. ETAP, Corte de Casación francesa
9 de noviembre de 1993
Citado como Caso Bomar Oil v. ETAP

Caso Société Harper Robinson v. Société Internationale de
Maintenance, Corte de Apelación de Grenoble
24 de enero de 1996
Citado como Caso Société Harper Robinson v. Société
Internationale de Maintenance

Holanda

Caso CLOUT n° 720, Condensate Crude Oil Mix, Instituto
Neerlandés de Arbitraje
15 de octubre 2002
Citado como Caso Condensate Crude Oil Mix

Inglaterra

Caso Aughton Ltd. v. M.F. Kent Services Ltd., Corte de
Apelación
4 de noviembre de 1991
Citado como Caso Aughton Ltd. v. M.F. Kent Services Ltd.

Caso Ben Barret&Son (Brinkworth) Ltd. v. Henry Boot
Management Ltd., Corte Suprema
1995
Citado como Caso Ben Barret&Son (Brinkworth) Ltd. v. Henry
Boot Management Ltd.

Italia

Caso Mitias v. Solidea, Tribunal de Forli
11 de diciembre de 2008
Citado como Caso Mitias v. Solidea

Nueva Zelanda

Caso International Housewares Lmt. v. SEB, Corte Suprema
31 de marzo de 2003
Citado como Caso International Housewares Lmt. v. SEB

Singapur	Caso Concordia Agritrading Pte. Ltd. v. Cornelder Hoogewerff Pte Ltd., Corte Suprema de Singapur 13 de octubre de 1999 Citado como Caso Concordia Agritrading Pte Ltd. v. Cornelder Hoogewerff Pte. Ltd.
<hr/>	
Suiza	Caso Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Co., Tribunal 7 de febrero de 1984 Citado como Caso Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil Co. Caso Clout nº 248, Meat, Corte Suprema 28 de octubre 1998 Citado como Caso Meat
<hr/>	
Cámara de Comercio Internacional	Caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain nº 4131 Citado como Caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain Caso Scaffold Fittings Citado como Caso Scaffold Fittings
<hr/>	
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	Caso Deweer v. Belgium, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27 de febrero de 1980

HECHOS

1. La compañía Hesperia Leasing Co. (en adelante, “Hespe Leasing”) recibió una petición de Industrias Melquíades S.A. (en adelante, “INMEL”) para financiar mediante un arrendamiento un centro de mecanizado. Además, INMEL solicitó a Hespe Leasing información acerca de dos posibles proveedores de los que adquirir el centro de mecanizado: ARTESA e Industrias Macapagal S.L. (en adelante, “INMAC”) [*Doc. de la Solicitud n° 2*]. Este centro de mecanizado debía tener por finalidad fresar y torneear piezas empleadas en el sector de la automoción. Hespe Leasing afirmó no conocer mucho a ARTESA y, sin embargo, haber trabajado en el pasado repetidamente con INMAC de modo satisfactorio [*Doc. de la Solicitud n° 3*].
2. Así pues, INMEL se puso en contacto con INMAC para comunicarle su intención de adquirir concretamente el centro de mecanizado modelo A464-07 (en adelante, el “Centro de Mecanizado” o la “Máquina”). En la misma comunicación INMEL afirmó ser “*fabricante de piezas para empresas industriales; y, principalmente, empresas del sector de la automoción*” [*Doc. de la Solicitud n° 4*]. Asimismo, procedió a realizar una breve enumeración de los materiales que habitualmente emplea en su actividad. INMAC respondió afirmando que el modelo que INMEL había seleccionado era “*muy útil y fiable*” [*Doc. de la Solicitud n° 5*], indicando que podrían entregar la Máquina en los plazos solicitados por INMEL.
3. Una vez entregada y montada la Máquina en las instalaciones de INMEL, comenzaron los tests de prueba bajo la supervisión de los equipos técnicos de ambas empresas. Las pruebas se realizaron de manera satisfactoria, hasta el punto de que el propio capataz del equipo de INMEL indicó al equipo de INMAC que podía irse ya que creía que “*estaba todo bien*” [*Doc. de la Respuesta a la Solicitud n° 3*].
4. Sin embargo, pocas horas después de que INMEL afirmase con satisfacción que la Máquina parecía funcionar correctamente, INMEL se puso en contacto con INMAC y Hespe Leasing para comunicarles que la Máquina se recalentaba y, como consecuencia, se tenía que reiniciar. Del mismo modo, INMEL exigía la retirada de la Máquina y la entrega de una nueva [*Doc. de la Solicitud n° 9*].
5. INMAC procedió a retirar la Máquina de las instalaciones de INMEL y a realizar un examen para comprobar cuál era el motivo de los problemas que había manifestado la Máquina. Para este tipo de actividades INMAC contrata el servicio técnico con la sociedad CHAPUSA, una empresa de asistencia técnica [*Aclaración n° 17*]. El informe realizado por esta empresa de asistencia técnica reveló que se había hecho un uso inapropiado del Centro de Mecanizado. INMEL, que disponía de un equipo técnico supuestamente habituado a tratar con máquinas similares y de un manual de uso que ni siquiera ojeó [*Aclaración n° 9.1*], había introducido materiales de una dureza superior a la que la Máquina podía procesar. Por lo tanto, INMAC no pudo proceder a la sustitución de la Máquina ya que, de darle otra similar, INMEL volvería a utilizarla incorrectamente.
6. Por su parte, INMEL suspendió los pagos de las cuotas de leasing a Hespe Leasing que, sin embargo, ni había tomado parte en la decisión acerca de qué centro de mecanizado elegir, ni había estado involucrada en los acontecimientos posteriores.
7. Ante esta situación, INMEL ha presentado una demanda de arbitraje por la que solicita que (i) este Tribunal Arbitral conozca de la disputa surgida con Hespe Leasing e INMAC; (ii) se declare que la Máquina entregada no era conforme al contrato y que no fue aceptada; (iii) INMEL actuó

conforme a derecho al exigir una nueva Máquina sustitutiva de la anterior; y (iv) estaba facultada para interrumpir los pagos de las cuotas de leasing y resolver el contrato.

8. A lo largo de este escrito demostraremos que, en primer lugar, el Tribunal Arbitral no es competente para conocer de esta disputa y, además, que INMAC no debe formar parte de este procedimiento. En segundo lugar, veremos que la Máquina era perfectamente conforme a los contratos y, por tanto, INMEL no podía solicitar la sustitución de la misma, ni estaba legitimado para interrumpir los pagos ni, en consecuencia, para resolver el contrato.

NORMATIVA APLICABLE

A. Normas aplicables al procedimiento

9. Este Tribunal Arbitral no es competente para dirimir este arbitraje (*vid. Infra PRIMERA*). No obstante, si se considera competente, la normativa aplicable al procedimiento es la siguiente:
10. La Ley aplicable al procedimiento es la acordada libremente por las partes. El presente procedimiento se regirá por el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (en adelante, "Reglamento") en el caso de que el Tribunal Arbitral entienda que las partes han aceptado la Cláusula 41 de las Condiciones Generales del Grupo Hesperia General (en adelante, las "Condiciones Generales") [*Doc. de la Solicitud n° 7*].
11. Subsidiariamente, regirá la *lex arbitri*, esto es, la ley del lugar del arbitraje. El arbitraje se va a celebrar, según lo dispuesto en la Cláusula 41 de las Condiciones Generales [*Doc. de la Solicitud n° 7*], en Matrice, que ha adoptado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en su versión modificada de 2006 (en adelante, la "Ley Modelo de Arbitraje") [*párr. 32 de la Solicitud de Arbitraje*].
12. Además, la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras será aplicable ya que ha sido firmada por todos los países: Andina, Cervantia y Ferosa, de los que proceden las partes [*párr. 35 de la Solicitud de Arbitraje*].
13. Por último, es importante destacar la importancia de los distintos laudos arbitrales relativos a la materia en cuestión para lograr la uniformidad en la aplicación internacional de la normativa expresada en el art. 2.A.1 de la Ley Modelo de Arbitraje.

B. Normas aplicables a la parte sustantiva

14. Respecto a la normativa aplicable a la parte sustantiva, la Cláusula 40 de las Condiciones Generales establece que el contrato se regirá por el Derecho de Cervantia. Resultarán, además, de aplicación "*las disposiciones y principios del Derecho Uniforme de Contratos*" sin perjuicio de la aplicación de la normativa relativa a otros contratos internacionales [*Doc. de la Solicitud n° 7*].
15. Deberán aplicarse al procedimiento, en virtud de la Cláusula antes transcrita, la Ley Modelo de UNIDROIT sobre Arrendamiento Internacional (en adelante, la "Ley Modelo de Arrendamiento") y la Convención de Ottawa de 1988 sobre Arrendamiento Financiero Internacional (en adelante, la "Convención de Ottawa") al formar parte del Derecho interno de Cervantia [*párr. 37 de la Solicitud de Arbitraje*].

16. De manera supletoria a esta normativa, se aplicará la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, "CCIM") al estar ésta en vigor en Andina, Cervantia y Ferosa [párr. 38 de la *Solicitud de Arbitraje*].
17. Por último, se aplicarán los Principios Generales de UNIDROIT y los Principios Contractuales de Derecho Europeo (en adelante, "PECL") con finalidad inspiradora tal y como queda recogido en los arts. 4.2 de la Ley Modelo de Arrendamiento, 6.2 de la Convención de Ottawa y 7.2 CCIM. Los Principios Generales de UNIDROIT, de conformidad con el Preámbulo de los mismos, serán utilizados *"para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme"*. Del mismo modo, y tal y como expone el art. 1:101 (4) PECL, los principios europeos *"pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable"*.

ARGUMENTACIÓN PARTE PROCESAL

18. INMEL se puso en contacto con Hespe Leasing e INMAC por e-mail para formalizar un acuerdo mediante el cual Hespe Leasing arrendaría a INMEL el Centro de Mecanizado A464-07 (de ahora en adelante, el "Contrato de Arrendamiento"). Hespe Leasing adquirió previamente el Centro de Mecanizado de INMAC mediante un Contrato de Suministro de Maquinaria Industrial (en adelante, el "Contrato de Suministro") [Doc. de la *Solicitud n° 8*]. Por tanto, en el negocio concurrían tres partes: INMEL como arrendatario; Hespe Leasing como arrendador; e INMAC como proveedor de la Máquina.
19. Hespe Leasing e INMAC firmaron el Contrato de Suministro [Documento de la *Solicitud n° 8*] con la finalidad de proveer INMAC a Hespe Leasing el Centro de Mecanizado. En dicho Contrato, la Cláusula 21 establece que *"Un árbitro único resolverá, en Matrice, las controversias que surjan sobre la interpretación de este contrato de conformidad con el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid en vigor a la firma del presente contrato"*.
20. El Contrato de Arrendamiento se formalizó de la siguiente manera: Hespe Leasing envió a INMEL una Carta de Confirmación de un Contrato para el Arrendamiento de Maquinaria Industrial redactada por ella misma (en adelante, la "Carta de Confirmación" o "Clausulado Básico") [Doc. de la *Solicitud n° 6*]. Además, le remitió a la página web del Grupo para conocer las Condiciones Generales del Grupo Hesperia General en Materia de Arrendamiento de Bienes Muebles (Leasing) (en adelante, las "Condiciones Generales") [Doc. de la *Solicitud n° 7*] [párr. 17 de la *Solicitud de Arbitraje*].
21. De los documentos enviados y a los efectos del objeto de la controversia, es necesario reproducir las siguientes cláusulas relevantes:
22. La Cláusula 17 de la Carta de Confirmación establece lo siguiente: *"Las partes acuerdan intentar resolver cualquier controversia que surja entre ellas en relación con este documento mediante la negociación de buena fe. Si las partes no llegaran a un acuerdo, se someterán a la jurisdicción"*.
23. Por otro lado, la Cláusula 41 de las Condiciones Generales señala que *"Cualquier conflicto que surja entre las partes se resolverá, a elección del demandante, ante los tribunales de Matrice o mediante arbitraje por un tribunal de tres miembros, nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid, cuya sede será Matrice y el idioma el español"*.

24. La Cláusula 18 de la Carta de Confirmación indica que: “*En lo no dispuesto por las presentes cláusulas resultarán de aplicación las condiciones generales del grupo Hesperia General*”.
25. La cláusula de solución de controversias aplicable es la Cláusula 17, que remite a las partes a los tribunales ordinarios. Por el contrario, la demandante defiende que la cláusula aplicable es la 41 de las Condiciones Generales. Como veremos a continuación, la Cláusula 41 de las Condiciones Generales no es aplicable puesto que al entrar en contradicción con la Cláusula 17, conforme a los Principios UNIDROIT, prevalece lo dispuesto en el Clausulado Básico. Además, según la doctrina de la incorporación por referencia, no se puede incorporar la Cláusula 41 al Clausulado Básico (**PRIMERA**).
26. La demandante esgrime que la Cláusula 17 es una “*cláusula de por sí ambigua e incompleta*” [Escrito de Demanda, párr. 9] que se engloba en las llamadas “cláusulas patológicas” y, por lo tanto, según la demandante, se debe acudir a la Cláusula 18 de la Carta de Confirmación que remite a la Cláusula 41 de las Condiciones Generales. Vamos a demostrar que la Cláusula 17 no adolece de ambigüedad. Al contrario, es clara y precisa, previendo un mecanismo de resolución de controversias compuesto por dos fases o etapas: (i) una fase de negociación y (ii) un procedimiento ante los tribunales ordinarios (**SEGUNDA**).
27. La demandante tenía que haber acudido a un proceso negociador, pues es la primera previsión que se hace en la Cláusula 17 ante la aparición de un conflicto. Sin embargo, y como veremos, INMEL acudió directamente a un procedimiento de arbitraje omitiendo la referencia a la negociación que en la Cláusula 17 se hace .
28. Por otro lado, al contrario de lo que sostiene la demandante que estima que se trata de una cláusula de arbitraje, la Cláusula 17 del Clausulado Básico [Doc. de la Solicitud n° 6] es una cláusula compleja de carácter judicial. Por tanto, este Tribunal Arbitral no es competente para conocer de las disputas y, en consecuencia, el laudo que resulte carecerá de reconocimiento y ejecución en los términos de la Convención de Nueva York.
29. En último lugar, la demandante inicia el proceso contra Hespe Leasing e INMAC. El Tribunal Arbitral no es competente para conocer de disputas en relación con INMAC porque no hay ninguna cláusula arbitral ni vínculo alguno entre ésta y la demandante. Además, la existencia de una cláusula arbitral entre Hespe Leasing e INMAC tampoco puede servir de fundamento para traer a INMAC al procedimiento al tratarse el Contrato de Suministro [Doc. de la Solicitud n° 8] de un contrato completamente independiente al Contrato de Arrendamiento [Doc. de la Solicitud n° 6] firmado entre INMEL y Hespe Leasing (**TERCERA**).

PRIMERA. LA CLÁUSULA 41 NO ES APLICABLE

30. La demandante alega que existe una “*remisión expresa*” [Escrito de Demanda, párr. 9] en la Cláusula 18 del Clausulado Básico a las Condiciones Generales [Doc. de la Solicitud n° 6]. Debido a esta remisión, afirma que el acuerdo arbitral contenido en la Cláusula 41 es aplicable. Como vamos a ver (*vid. Infra SEGUNDA*), la Cláusula 17 no es una cláusula arbitral por lo que debemos suponer que se refiere a la Cláusula 41 de las Condiciones Generales, que aunque es una cláusula arbitral debidamente formalizada, no es aplicable.
31. La Cláusula 41 se encuentra contenida en las Condiciones Generales [Doc. de la Solicitud n°7] y no en el Clausulado Básico entre Hespe Leasing e INMEL [Doc. de la Solicitud n° 6]. El

problema es que el contenido de las cláusulas de resolución de controversias de los dos documentos anteriores es contradictorio. Por un lado, la Cláusula 17 del Clausulado Básico nos conduce claramente a un procedimiento ante los tribunales ordinarios (*vid. Infra SEGUNDA*), y por otro lado la Cláusula 41 deja a elección del demandante el dirimir las controversias mediante arbitraje o ante los tribunales ordinarios. Esta contradicción entre cláusulas nos lleva a aplicar los Principios UNIDROIT según los cuales, como veremos, prevalecen las cláusulas que no son estándar sobre las estándar, por lo que la cláusula de resolución de controversias que sería aplicable a este caso concreto es la Cláusula 17 del Clausulado Básico **(A)**, es decir, que los tribunales ordinarios son competentes.

32. Además, la remisión que alega la demandante supondría la incorporación por referencia de la Cláusula 41 de las Condiciones Generales al Clausulado Básico. Esta incorporación por referencia no es posible ya que la remisión no hace una mención expresa a la cláusula de arbitraje **(B)**.

A. La Cláusula 41 de las Condiciones Generales no es aplicable

33. La demandante pretende aplicar la Cláusula 41 de las Condiciones Generales para decidir ella misma si se somete la controversia a los tribunales ordinarios o a arbitraje. La parte demandante pretende que se declare la competencia del Tribunal Arbitral en virtud de la Cláusula 41. Sin embargo, la Cláusula 41 no es aplicable.
34. Como vamos a explicar, la Cláusula 41 de las Condiciones Generales entra en contradicción con la Cláusula 17 del Clausulado Básico **(i)**. Aplicando la doctrina y los principios UNIDROIT llegamos a la conclusión de que la Cláusula 17 también prevalecería sobre la Cláusula 41 **(ii)**.

i. La Cláusula 41 de las Condiciones Generales entra en contradicción con la Cláusula 17 del Clausulado Básico

35. La Cláusula 41 es una cláusula asimétrica de resolución de controversias. Éstas se caracterizan porque dejan a elección del demandante la resolución de controversias a través de arbitraje o a través de los tribunales ordinarios¹. Esta Cláusula entra en contradicción con la Cláusula 17 contenida en el Clausulado Básico que somete las controversias de las partes a un proceso ante los tribunales ordinarios y, en ningún caso deja esa decisión a elección del demandante. Que el demandante pudiese elegir el medio de resolución de controversias iría en contra de la voluntad de las partes manifestada en el Clausulado Básico.

ii. Prevalece la Cláusula 17 del Clausulado Básico

36. LEW&MISTELLIS&KRÖLL enuncian textualmente que: *“Cuando una cláusula está contenida en las condiciones generales mientras que la otra esta mecanografiada en el contrato, la última como una previsión especial añadida prevalecerá generalmente”*². La Cláusula 17 del Clausulado Básico es una previsión especial acordada por las partes para la resolución de disputas ya que si las partes hubiesen querido que las disputas se sometiesen, a elección de la demandante, a los tribunales ordinarios o a arbitraje, carecería de sentido redactar con posterioridad a la Cláusula 41 de las Condiciones Generales una cláusula de resolución de disputas que la contradiga.

¹ DE BENITO, pág. 2; BORN, pág. 28.

² LEW&MISTELLIS&KRÖLL, párr. 7-74.: *“When one clause is contained in the general conditions while the other is typewritten into the contract, the latter as a specially agreed provision will generally prevail”*.

37. Entendemos que la Cláusula 17 del Clausulado Básico ha sido redactada con posterioridad a la Cláusula 41 de las Condiciones Generales puesto que esta última llevaba tiempo colgada en la página web del grupo Hesperia General y el Clausulado Básico fue redactado por Hespe Leasing para este negocio concreto [*Aclaración n° 3*].
38. También podemos determinar la prevalencia de la Cláusula 17 del Clausulado Básico atendiendo al artículo 2.1.21 UNIDROIT³ que textualmente dice que: “*En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última*”. Por cláusulas estándar se entienden aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte⁴. En este caso, las cláusulas estándar son las de las Condiciones Generales y las del Clausulado Básico no lo son. Resulta lógico pensar que las disposiciones específicas del Clausulado Básico prevalezcan sobre las disposiciones de las Condiciones Generales que disponen otra cosa diferente, puesto que las disposiciones del Clausulado Básico reflejan la intención de ambas partes y las de las Condiciones Generales solamente las de Hespe Leasing.
39. En el Caso Société Harper Robinson v. Société Internationale de Maintenance, en el que hay una contradicción entre las condiciones generales y el contrato que firman las dos empresas, la Corte de Apelación de Grenoble resuelve que, en aplicación del art. 2.1.21 de los Principios UNIDROIT⁵, “*la referencia a las condiciones generales que figura en el artículo 4 del contrato está privada de efecto*”⁶. Se trata de la misma situación planteada en nuestro caso. Por lo tanto, la misma solución dada en aquel caso debería ser dada por este Tribunal Arbitral, esto es: se aplica la Cláusula 17 del Clausulado Básico.
40. La Cláusula 41, por tanto, no es aplicable. La intención de las partes es regular sus disputas en la Cláusula 17 y someterlas, como veremos (*vid. Infra SEGUNDA*), a los tribunales ordinarios.

B. No se admite la incorporación por referencia de la Cláusula 41

41. La demandante alega que, puesto que la Cláusula 17 de la Carta de Confirmación [*Doc. de la Solicitud n° 6*] es una cláusula ambigua, tenemos que acudir a la Cláusula 18 de la Carta de Confirmación [*Doc. de la Solicitud n° 6*]. La Cláusula 18 nos remite a las Condiciones Generales [*Doc. de la Solicitud n° 7*] y, por ende, a la Cláusula 41 de las citadas Condiciones Generales que permiten al demandante elegir entre un proceso ante los tribunales ordinarios o de arbitraje. Sin embargo, como veremos a continuación, esta incorporación por referencia a las Condiciones Generales que hace la Cláusula 18 de la Carta de Confirmación no conlleva la remisión a la cláusula de resolución de controversias. Para poder remitirnos a una cláusula de resolución de controversias contenida en otro documento es necesario una remisión específica a esta cláusula de solución de disputas.

³ Art. 2.1.21 UNIDROIT: “*In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the latter prevails*”.

⁴ UNIDROIT, pág. 68.

⁵ Caso Société Harper Robinson v. Société Internationale de Maintenance: “*Qu'il est de principe, en droit du commerce international, que "en cas d'incompatibilité entre une clause qui ne l'est pas, cette dernière l'emporte"*”.

⁶ Caso Société Harper Robinson v. Société Internationale de Maintenance: “*Que la référence aux conditions générales figurant dans l'article 4 du contrat est donc privée d'effet*”.

42. Una cláusula de resolución de controversias incorporada por referencia es definida por E. LOQUIN como “una cláusula compromisoria estipulada no en el contrato principal firmado por las partes [...] sino en un documento anexo emanado de la voluntad unilateral de una de ellas [...]”⁷. Este tipo de cláusulas son admitidas por el art. 7.6) de la Ley Modelo de Arbitraje que establece que “La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.
43. De las anteriores definiciones extraemos que es necesario “que la existencia de esta cláusula (de resolución de controversias) sea mencionada en el contrato principal”⁸ i.e., para que una cláusula de resolución de controversias que aparece en un contrato sea de aplicación en otro contrato separado, éste deberá hacer referencia expresa a la aplicación de dicha cláusula de solución de conflictos⁹. No es suficiente, pues, la mera remisión genérica a la aplicación de otro contrato, sino una referencia concreta a la cláusula de resolución de controversias. La única excepción a esta regla es que exista entre las partes una relación tan habitual que presuponga el conocimiento de la citada cláusula de resolución de controversias¹⁰.
44. La Cláusula 18 de la Carta de Confirmación expone que las Condiciones Generales resultarán de aplicación “en lo no dispuesto por las presentes cláusulas”. Es decir, hace una mera referencia genérica a las Condiciones Generales sin reseñar, en ningún momento, la aplicación concreta de la Cláusula 41 de resolución de controversias prevista en las Condiciones Generales. Además, INMEL contactó por primera vez con Hespe Leasing para formalizar el Contrato de Arrendamiento del Centro de Mecanizado por lo que es innegable que las partes carecían de una relación previa que nos sitúe ante la excepción mencionada anteriormente.
45. Por ello, en tanto que no es mencionado expresamente en el Clausulado Básico que deba aplicarse en lo no dispuesto por él la Cláusula 41 de las Condiciones Generales, no podrá entenderse incorporada por referencia al tratarse de una cláusula de resolución de disputas.

Conclusión

46. El Tribunal Arbitral no es competente para dirimir el presente conflicto porque la Cláusula 41 de las Condiciones Generales no es aplicable. Según los Principios de UNIDROIT prevalecerá lo dispuesto en el Clausulado Básico frente a lo dispuesto en las Condiciones Generales. Además, no podemos incorporar por referencia la Cláusula 41 al Clausulado Básico. Al no especificar la Cláusula 18 del Clausulado Básico la aplicación de la Cláusula 41, esta incorporación es del todo imposible. Por lo tanto, como veremos a continuación, la cláusula aplicable es la Cláusula 17. Esta cláusula nos remite a los tribunales ordinarios.

⁷ LOQUIN, pág. 43: “La clause d’arbitrage par référence peut être définie comme une clause compromissoire stipulée, non pas dans le contrat principal signé par les parties [...] mais dans un document annexe [...] émanant parfois unilatéralement de l’une d’entre elles”.

⁸ Caso de 11 de octubre de 1989 de la Corte de Casación Francesa. En la misma línea se pronuncian ROBERT&MOREAU; caso Psychikon Compañía Naviera Panama v. Sté Sier et al.; caso Bomas Oil v. ETAP; caso Aughton Ltd. v. M.F. Kent Services Ltd.; caso Ben Barret&Son (Brickworth) Ltd. v. Henry Boot Management Ltd.; caso Cargill Inc. v. Goldern Chariot; Caso Concordia Agritrading Pte Ltd v. Cornelder Hoogewerff Pte Ltd; Caso Federal Bulk Carriers Inc. v. C Itoh&Co Ltd.; Caso Nanisivik Mines Ltd. v. Canarctic Shipping Co. Ltd.

⁹ CRAIG&PARK&PAULSSON, pág. 56.

¹⁰ Caso de 11 de octubre de 1989 de la Corte de Casación Francesa; Caso Tradax Export SA v. Amoco Iran Oil.

SEGUNDA. LA CLÁUSULA 17 DE LA CARTA DE CONFIRMACIÓN NOS CONDUCE A UN PROCESO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

A. No existió negociación

47. Como hemos expuesto, la Cláusula aplicable es la Cláusula 17 de la Carta de Confirmación [*Doc. de la Solicitud n° 7*] que establece que las partes deberán, en primer lugar, iniciar un proceso de negociación de buena fe ante la aparición de un conflicto. Sólo en caso de acabar la negociación sin acuerdo se podrá acudir a la jurisdicción. Sin embargo, la demandante ignoró la existencia de dicha previsión y acudió directamente a un procedimiento arbitral. Los e-mails intercambiados por las partes al surgir la disputa [*Docs. de la Solicitud n° 9 a 16*] no pueden ser considerados como negociación. En conclusión, ningún procedimiento puede llevarse a cabo en tanto no haya concluido sin éxito una fase previa de negociación.
48. La Cláusula 17 se engloba dentro de las denominadas “cláusulas de dos etapas”¹¹ en las que se establecen varios medios de resolución de controversias que deberán ser llevados a cabo de manera secuencial. La Cláusula 17 introduce, pues, una precondition¹² para poder acudir a la jurisdicción: haber finalizado un periodo de negociación sin llegar a acuerdo. De no llevarse a cabo dicha precondition, el posterior proceso judicial o arbitral no podrá celebrarse¹³.
49. La negociación de buena fe es un medio muy utilizado hoy en día para la resolución de conflictos. La negociación, en palabras de THE STATE BAR OF CALIFORNIA consiste en que “*las personas involucradas en la disputa se comunican directamente entre sí para tratar de llegar a un acuerdo*”¹⁴. Se basa, pues, este método, en la participación directa de las partes con el fin de lograr una solución al conflicto existente¹⁵. Además, cuando dicha obligación de negociación está incluida en un contrato, como es el caso, esta previsión tiene igual fuerza que cualquier otra disposición del mismo¹⁶.
50. Para concluir que estamos ante un proceso negociador es necesario encontrar, según R. MNOOKIN, S. PEPPETT y A. TULUMELLO, el equilibrio entre los siguientes elementos¹⁷:
- i. Creación y distribución de valor. Las partes que intervienen en un proceso negociador deben considerar que dicho proceso generará más valor para las dos partes que la no celebración del mismo. Pero, además este valor añadido debe ser distribuido entre las partes sin que una de ellas pueda quedarse con todo el resultado.
 - ii. Empatía y asertividad. La empatía consiste en manifestar una comprensión de los intereses de la otra parte aunque no se compartan. Por su parte, la asertividad es la advocación de los propios intereses y necesidades de una manera no beligerante. Es decir, en un proceso

¹¹ REDFERN&HUNTER: párrs. 1-69, 1-95; BRUNI, pág. 1; MOFFITT&GOLDBERG, pág. 325.

¹² AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, pág. 27; CRAIG&PARK&PAULSSON, pág. 105; TWEEDALE&TWEEDALE, párr. 20.15; caso Channel Tunnel Group Ltd. v. Blafour Beatty Construction Ltd.

¹³ TWEEDALE&TWEEDALE, párr. 2.04; RHOADES&KOLKEY&CHERNICK, pág.63; EISA SHIRI, pág. 1.

¹⁴ THE STATE BAR OF CALIFORNIA, pág. 3

¹⁵ En esta línea se pronuncian LEW&MISTELLIS&KRÖLL, párr. 1-44; MNOOKIN, págs. 2 y 4; REDFERN&HUNTER, párr.1-69; FISAS, pág. 3; BROWN&CERVENAK&FAIRMAN, pág. 4.

¹⁶ FOX, pág. 192.

¹⁷ MNOOKIN&PEPPETT&TULUMELLO, págs. 9 y ss.

negociador, las partes deben intentar entender la posición de su contrincante pero sin descuidar la apropiada defensa de sus propios intereses.

iii. Intereses de los principales y de los agentes.

51. Los e-mails que intercambiaron las partes al surgir el conflicto no pueden ser considerados como proceso negociador al no cumplir estos requisitos.
52. En primer lugar, INMEL sólo propone soluciones en los e-mails que redunden en su propio beneficio, i.e. no distribuye el hipotético valor que se pudiera crear. INMEL debería haber propuesto soluciones que no sólo aumentarían su satisfacción sino que generarían una situación en la que todas las partes hubieran podido salir beneficiadas. Por tanto, rompe con el principio inspirador que distribuye entre las partes el valor creado al mantener una postura unilateral.
53. En segundo lugar, INMEL no mantiene una posición asertiva. INMEL se obceca en solicitar una nueva Máquina sin dar ninguna otra posibilidad. En sus palabras “*nueva significa nueva*” [Doc. de la Solicitud n° 12]. INMEL no se pone en el lugar de INMAC y Hesper Leasing y así, frente a explicaciones de esta última que justifican la reparación de la Máquina [Doc. de la Solicitud n° 11 y 13], la postura de INMEL se mantiene inflexible. Además, INMEL mantiene una posición beligerante en la defensa de sus intereses, llegando a utilizar, en ocasiones, un tono agresivo e impertinente, e.g. “*dejé muy clarito que necesitábamos una máquina nueva*”, [Doc. de la Solicitud n° 12] o “*no se si me parece más increíble que hayáis desoído mis peticiones de una nueva máquina o que hayáis tenido la desfachatez de admitir que habéis acordado su revisión*” [Doc. de la Solicitud n° 14]. Es decir, INMEL no es asertivo en la defensa de sus intereses sino muy agresivo. Así pues, tampoco se logra un equilibrio entre el elemento de la empatía y la asertividad y, por tanto, no podemos considerar que estemos ante un proceso negociador.
54. En último lugar, al no intervenir agentes en la relación, sino solamente principales, el tercer requisito carece de relevancia para el caso.
55. En conclusión, INMEL incumplió la obligación de negociación contenida en la Carta de Confirmación que tenía la finalidad de evitar un fin brusco del contrato y lograr un acuerdo amistoso que permitiera un acercamiento de sus posiciones y fuese más acorde a sus intereses.
56. Además, los e-mails intercambiados entre INMEL, Hesper Leasing e INMAC no tuvieron otra finalidad que buscar el propio interés del demandante y, por tanto, no constituyen prueba de un proceso negociador. En muchas ocasiones Hesper Leasing ha tenido problemas similares que, sin embargo, se solucionaron mediante la negociación de manera amistosa y no con la intervención de un tercero [Aclaración n° 18]. Es decir, INMEL podía haber conseguido la resolución del conflicto de una manera menos gravosa tal y como demuestra la experiencia y, en todo caso, tal y como exigía la Cláusula 17.
57. Sin embargo, INMEL prefirió acudir directamente ante este Tribunal Arbitral que, además, ni siquiera es competente, para conseguir sus propósitos, a sabiendas del incumplimiento contractual que llevaba a cabo al estar contraviniendo la disposición contractual que exige la negociación como primer paso. Por tanto, no se cumplió con la primera etapa de la Cláusula. Esto significa que no se podía acudir a la segunda etapa de la Cláusula que prevé que las disputas se resuelva por los tribunales ordinarios.

58. Por último, como veremos a continuación (*vid. Infra B*), INMEL acudió a un foro que no es competente para dirimir el conflicto. Las partes pactaron resolver sus disputas ante los tribunales ordinarios y, por lo tanto, este Tribunal Arbitral carece de competencia para resolver el asunto.

B. Las interpretaciones del término “jurisdicción” nos conducen a los tribunales ordinarios

59. En el hipotético e improbable caso de que este Tribunal Arbitral considere que el proceso negociador se cumplió, este Tribunal Arbitral no es competente para conocer, en ningún caso, de las disputas porque las partes pactaron resolver sus controversias ante los tribunales ordinarios. Como veremos a continuación, la Cláusula 17, al contrario de lo expuesto por la demandante, aunque compleja, es absolutamente precisa: “*Las partes acuerdan intentar resolver cualquier controversia que surja entre ellas en relación con este documento mediante la negociación de buena fe. Si las partes no llegaran a un acuerdo, se someterán a la jurisdicción*”. El término “jurisdicción” nos conduce inequívocamente a los tribunales ordinarios y, por tanto, el laudo que pueda derivarse de este arbitraje no será ejecutable según la Convención de Nueva York.

i. La interpretación de la voluntad de las partes nos conduce a los tribunales ordinarios

60. El Principio 4.1 (1) de UNIDROIT establece que, en primer lugar, “*El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*”. Es decir, que para determinar el significado de un término del contrato prevalecerá la intención de las partes¹⁸. En nuestro supuesto, para ver qué significado tiene el término “jurisdicción” habremos de atender a cuál fue la voluntad que intentaron expresar INMEL y Hespe Leasing con la palabra “jurisdicción”.
61. Para entender cuál fue la intención común de las partes, el Principio 4.3 de UNIDROIT establece que deberán tenerse en cuenta circunstancias como “*las negociaciones previas entre las partes; las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; la naturaleza y finalidad del contrato; el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y los usos*”.
62. INMEL aceptó el Clausulado Básico que incluía la Cláusula 17 y establecía como medios de resolución, en primer lugar, la negociación y, en segundo, la jurisdicción. Es un principio proclamado que, para acudir ante un arbitraje, las partes deben expresar su voluntad de someterse a él de manera inequívoca¹⁹. Sin embargo, no es el término “arbitraje” el que recoge, sino “jurisdicción”. Por ello, debemos interpretar la voluntad de INMEL como la voluntad de someterse a los tribunales ordinarios puesto que aceptó someterse a la jurisdicción de éstos.
63. Además, aunque Hespe Leasing tiene experiencia en arbitraje [*Aclaración n° 26*] no se puede desprender que fue su voluntad someterse a arbitraje en el presente caso. Como vimos en apartados anteriores (*vid. Supra. PRIMERA*), prevalece la voluntad expresada en el Contrato de Arrendamiento, esto es, la voluntad de acudir ante los tribunales ordinarios.
64. En conclusión, no podemos considerar que fue la voluntad de las partes el acudir a un proceso arbitral. La voluntad de las partes expresada en el contrato nos conduce, irremediamente, a un proceso ante los tribunales ordinarios de Matrice tal y como indican los términos de la Cláusula 17 de las Condiciones Generales.

¹⁸ UNIDROIT, pág.123.

¹⁹ FOUCHARD&GAILLARD&GOLDMAN, párr. 46; D’AMBRUMENIL, pág. 58.

ii. La interpretación literal del término “jurisdicción” nos conduce a los tribunales ordinarios

65. El Principio 4.1.(2) de UNIDROIT establece que, de no poder extraerse cuál fue la voluntad de las partes, “*el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes*”. A continuación veremos que el término “jurisdicción” que aparece como segunda etapa en la Cláusula 17 debe ser interpretado favorablemente a la celebración de un procedimiento ante los tribunales ordinarios.
66. La interpretación de la palabra “jurisdicción” como “arbitraje” es errónea²⁰. La RAE, máxima autoridad lingüística del español, define el término jurisdicción como el “*Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”²¹. La función jurisdiccional, de este modo, es ejercida por los jueces y tribunales de diversas instancias pero en ningún momento menciona esta definición que dicha función sea ejercida por los árbitros.
67. Por otra parte, la palabra “jurisdicción” no puede incluir el término arbitraje ya que debemos partir sobre la base de que el arbitraje nace de la voluntad de las partes²². Es decir, el origen del arbitraje está en un acuerdo contractual y no jurisdiccional²³. En palabras de la Corte de Casación Francesa “*Los laudos arbitrales descansan sobre un acuerdo de arbitraje, constituyendo una unidad con él y compartiendo el carácter contractual*”²⁴. Esto determina que no hay arbitraje sin contrato²⁵. El arbitraje sólo despliega efectos entre las partes firmantes del acuerdo arbitral, pero no más allá, pues en palabras de FERNÁNDEZ ROZAS “*se sitúa en un ámbito de libertad de disposición*”²⁶.
68. Por el contrario, para iniciar un proceso jurisdiccional no es necesario el acuerdo de las partes de someterse a ella, sino que bastará con que una de las partes lo inicie con independencia de la voluntad de la otra. Es decir, en ningún momento la jurisdicción tiene origen contractual.
69. Por último, el arbitraje es considerado como un proceso “especial”, ajeno a la jurisdicción ordinaria²⁷. De esta manera, de la palabra “jurisdicción” acordada en la Cláusula 17 en ningún momento se puede deducir que sea la voluntad de las partes firmantes celebrar un proceso tan concreto y específico o “especial” como es el arbitraje²⁸. Como consecuencia, la existencia de un acuerdo de arbitraje debe ser probado siempre, no se presume²⁹.
70. En conclusión, la interpretación que una “*persona razonable de la misma condición que las partes*” realizase de la Cláusula 17 nos lleva a resolver este conflicto, igual que la interpretación de la voluntad de las partes (*vid. Supra SEGUNDA A*), ante los tribunales ordinarios.

²⁰ CRAIG&PARK&PAULSSON, pág. 60; JIMÉNEZ FIGUERES, pág. 2.

²¹ La Cláusula 41 de las Condiciones Generales establece que el idioma del procedimiento será el español y de ello se deriva el uso de la definición de la RAE sobre el término “jurisdicción”.

²² TWEEDALE&TWEEDALE, párr. 2.05; CREMADES, pág. 2; RUBINO-SAMMARTANO, pág. 195; LEW&MISTELLIS&KRÖLL, párr.5-18; BRICEÑO SIERRA, pág. 12.

²³ CALVO CARAVACA&FERNÁNDEZ, pág. 19.

²⁴ Caso *Roses v. Moller et Cie*.

²⁵ CASTILLO&VÁSQUEZ, pág. 5.

²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, pág. 31.

²⁷ STC 43/1998, de 24 de febrero.

²⁸ Caso *Deweer v. Belgium*.

²⁹ TWEEDALE&TWEEDALE, párr. 5.66; caso *Manufacturer (Finland) v. Building Supplier*; caso *Sonatrach v. KCA Drilling Ltd.*

C. La Cláusula 17 no cumple los requisitos para ser una cláusula arbitral

71. Subsidiariamente, y para el hipotético e improbable caso de que este Tribunal Arbitral considere que en el término “jurisdicción” puede incluirse el concepto de “arbitraje” veremos que la Cláusula 17 no cumple los requisitos de validez de las cláusulas arbitrales que determinan su aplicación. Así, al no existir acuerdo arbitral, esta disputa no podrá ser sometida a arbitraje³⁰.
72. Los ordenamientos jurídicos suelen exigir que el convenio arbitral tenga una determinada forma con el fin de probar la existencia del mismo y proteger a las partes³¹. F. EISEMAN indicó los siguientes requisitos que deben darse para poder concluir que estamos ante una cláusula arbitral³²:
- i. Producir efectos obligatorios.
 - ii. Excluir la intervención de autoridades judiciales.
 - iii. Dotar de facultades al Tribunal Arbitral para resolver la disputa.
 - iv. Crear un procedimiento que, bajo condiciones de eficiencia y rapidez, lleve a una emisión de un laudo arbitral que sea susceptible de ejecución.
73. A continuación veremos que la Cláusula 17 no cumple todos los requisitos exigidos. En particular, la Cláusula 17 no excluye la intervención de las autoridades judiciales. Un acuerdo de arbitraje tiene que implicar la renuncia del derecho de las partes a buscar una solución ante un procedimiento judicial³³. En palabras de L. CRAIG, W. PARK y J. PAULSSON “*Si las partes quieren arbitraje, lo deben decir de manera inequívoca*”³⁴. O, según J. LEW, L. MISTELLIS y S. KRÖLL, “*el acuerdo de arbitraje debe expresar claramente que el arbitraje es el único modo para la resolución de controversias entre las partes*”³⁵. Aunque el Tribunal Arbitral considere que el término “jurisdicción” no es separable del concepto de “arbitraje”, es innegable que “jurisdicción” nos puede conducir a una interpretación favorable a la potestad de los tribunales de juzgar y ejecutar lo juzgado. Por tanto, no se manifiesta la intención de las partes de manera clara y excluyente de la resolución de controversias mediante arbitraje. Y sin voluntad de las partes no hay acuerdo arbitral³⁶. Dicha Cláusula brinda la posibilidad de un proceso ante los tribunales ordinarios y, consecuentemente, no se puede denominar la misma como “cláusula arbitral”.
74. Asimismo, la Cláusula 17 no contiene una manifestación de voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, según ha sido señalado en reiteradas ocasiones, nadie puede verse obligado a someterse a arbitraje si no ha dado su consentimiento para tal³⁷. Por tanto, el laudo que resuelva

³⁰ RHOADES&KOLKEY&CHERNICK, pág. 60; TWEEDALE&TWEEDALE, párr. 2.04.

³¹ CALVO CARAVACA&FERNÁNDEZ, pág. 63.

³² DAVIS citando a EISEMAN, pág. 365; DOAK BISHOP, pág. 23.

³³ TWEEDALE&TWEEDALE, párr. 2.05; FERNÁNDEZ ROZAS&ARENAS&DE MIGUEL, pág. 648.

³⁴ CRAIG&PARK&PAULSSON, pág. 128: “*If the parties want arbitration, they should say so clearly*”. En la misma línea se pronuncian REDFERN&HUNTER, párr. 3-45; GAILLARD&SAVAGE, pág. 263; GARNETT&GABRIEL&WAINCYMER&EPSTEIN, pág. 47; BORN, pág. 38; FERNÁNDEZ ROZAS&ARENAS&DE MIGUEL, pág. 645; ESCOVAR, pág. 73; CAIVANO, pág. 29; BISHOP, pág. 4; Caso Consorcio Bar v. Four Seasons; Caso Hoteles Doral C.A. v. Corporación L’Hoteles C.A.; caso Canadian Rational Railway Co. v. Lovat Tunnel Equipment Inc.

³⁵ LEW&MISTELLIS&KRÖLL, párr. 8-10: “*The agreement should make clear that arbitration is the only forum in which disputes between the parties are to be resolved*”.

³⁶ ARTUCH IRIBERRI, págs. 200-201.

³⁷ D’AMBRUMENIL, pág.55; Caso United Steelworkers v. Warrior&Gulf Navigation Co.; Caso AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers of America.

este procedimiento no será susceptible de ejecución. De conformidad con el art. II.1 de la Convención de Nueva York³⁸, si no existe acuerdo válido de someter las disputas a arbitraje, el laudo no podría ser ejecutado.

75. Además, según R. GARNETT, H. GABRIEL, J. WAINCYMER y J. EPSTEIN, “*puesto que el arbitraje es voluntario y depende de un acuerdo claro, el no cumplimiento de varios de los requisitos formales que deben darse en las cláusulas arbitrales crea una presunción contraria a la voluntad de someterse a arbitraje*”³⁹. Por tanto, ante la afirmación de la demandante de que en la Cláusula 17 “*no se hace referencia alguna a cuál jurisdicción se refiere la misma, pudiendo ser la jurisdicción arbitral o judicial*” [Escrito de Demanda, párr.9] debemos afirmar, sin ningún tipo de duda, que las partes hacían referencia a la jurisdicción judicial.
76. Por tanto, la Cláusula 17 no es una cláusula arbitral ya que no cumple varios de los requisitos exigidos para la validez de los acuerdos de arbitraje. Es por ello que este Tribunal Arbitral carece de competencia y debemos acudir a un proceso ante los tribunales ordinarios.

Conclusión

77. Este Tribunal Arbitral carece de competencia para dirimir la controversia. INMEL no llevó a cabo la negociación de buena fe exigida en la Cláusula 17 de la Carta de Confirmación por lo que no podemos acudir ante la segunda previsión de dicha Cláusula, esto es, a los tribunales ordinarios. La interpretación del término “jurisdicción” conforme voluntad de las partes y al sentido literal nos lleva a concluir que las partes pactaron someter sus disputas a los tribunales ordinarios. Además, la Cláusula 17 no puede ser en ningún caso una cláusula arbitral en tanto no cumple los requisitos exigidos para serlo. No obstante, la demandante defiende la aplicación de la Cláusula 41 que, como ya hemos visto, si bien es una cláusula arbitral, no es aplicable para este supuesto.

TERCERA. INMAC NO DEBE SOMETERSE A ARBITRAJE

78. Como hemos explicado anteriormente, en este caso existen dos negocios jurídicos totalmente diferenciados, un Contrato de Suministro entre INMAC y Hespe Leasing, y un Contrato de Arrendamiento entre Hespe Leasing e INMEL. La demandante sólo tiene relación contractual con Hespe Leasing, es decir, no tiene relación con INMAC. Este Tribunal Arbitral no es competente para conocer ninguna disputa entre INMAC e INMEL por dos motivos: (i) no existe ningún tipo de relación contractual entre INMAC e INMEL, por lo que INMAC no puede quedar vinculada por una cláusula firmada entre otras dos empresas (A) y (ii) aunque INMAC y Hespe Leasing han pactado una cláusula de arbitraje, esta cláusula no vincula a INMAC con INMEL (B).

A. No existe ninguna relación contractual entre INMEL e INMAC

79. La demandante pretende traer a INMAC al arbitraje como demandada en el proceso junto con Hespe Leasing. No hace ningún tipo de diferenciación entre las dos empresas demandadas y

³⁸ Art. II.1 de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

³⁹ GARNETT&GABRIEL&WAINCYMER&EPSTEIN, pág. 46 (nota 121): “Because arbitration is voluntary and jurisdiction depends upon clear agreement, a failure to satisfy various formal requirements raises a strong presumption against arbitration”.

asegura la competencia del Tribunal Arbitral esgrimiendo que: “[...] la competencia del tribunal queda a exclusiva elección de INMEL, lo cual torna absolutamente improcedente la oposición a la competencia por parte de Hespe Leasing e INMAC formuladas en sus respuestas a la solicitud de arbitraje.”[Escrito de Demanda, párr. 15]. La demandante no da ninguna explicación ni argumento adicional de por qué trae a INMAC al arbitraje.

80. De esta afirmación podemos deducir que la demandante vincula directamente a INMAC con el procedimiento arbitral, siendo esto del todo imposible al no existir, reiteramos, ningún tipo de relación contractual entre INMEL e INMAC. Únicamente quienes son parte del convenio arbitral expresado por escrito pueden aparecer en el proceso arbitral como demandantes o demandados⁴⁰.
81. La necesidad reflejada en el artículo II de la Convención de Nueva York⁴¹ de que el acuerdo arbitral conste por escrito no se satisface en la relación entre INMEL e INMAC, que ya no es que no tengan firmada ninguna cláusula arbitral para la resolución de controversias, sino que ni siquiera tienen una relación contractual por la cual se pueda vincular a INMAC a este arbitraje. El incumplimiento del tenor literal del artículo II de la Convención de Nueva York nos llevaría a un laudo que no podría ser reconocido y ejecutado, i.e. inservible para resolver la controversia.
82. El Tribunal Arbitral no es competente para conocer de las disputas entre INMAC e INMEL ya que, como hemos demostrado, no existe ninguna relación contractual entre INMEL e INMAC que justifique la vinculación de INMAC al arbitraje. Por otro lado hay que tener en cuenta que el arbitraje se basa en la voluntad de las partes, e INMAC no tiene ninguna voluntad de someterse a arbitraje con INMEL (i), y que no se puede extender la cláusula de resolución de controversias firmada entre INMEL y Hespe Leasing a INMAC (ii).

i. No existe ninguna voluntad de INMAC de someterse a arbitraje

83. El acuerdo de dirimir las controversias mediante el arbitraje se basa, como hemos visto, en la voluntad de las partes, al ser un método de resolución de controversias en el que las partes se someten de *motu proprio* a un tribunal arbitral para que dicte el laudo que resuelva la disputa. INMEL y Hespe Leasing sí pactaron una cláusula de resolución de controversias que, como hemos visto, no es un convenio arbitral puesto que otorga competencia a los tribunales ordinarios. Sin embargo, no se puede unir a INMAC de ninguna manera bajo el lazo de dicho acuerdo, puesto que ni siquiera existe ninguna clase de contrato con INMEL, que es quien ha iniciado el arbitraje.

ii. No se puede extender la cláusula de resolución de controversias de INMEL y Hespe Leasing a INMAC

84. En el caso de que se pretenda extender la cláusula arbitral existente entre Hespe Leasing e INMEL a INMAC, es necesario aplicar la doctrina del grupo de empresas. Esta doctrina consiste en considerar a distintas empresas integrantes de un mismo grupo como una única empresa con una sola realidad económica. Así, se dice literalmente en el conocido Caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain: “Independientemente de la diferente identidad jurídica de cada uno de los miembros, el grupo de empresas constituye una única realidad económica por la cual el Tribunal

⁴⁰ HANOTIAU, pág. 7.

⁴¹ Art. II.1 de la Convención de Nueva York: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

Arbitral deberá conocer”⁴². Como veremos, esta doctrina es totalmente inaplicable en el caso de INMAC por la sencilla razón de que INMAC no está dentro de un grupo de empresas con Hespe Leasing, ni se puede considerar que exista una única realidad económica.

85. Para que se considerase que INMAC forma un grupo de empresas con Hespe Leasing y que pudiese quedar vinculada por el convenio arbitral, el consentimiento de INMAC debería quedar implícito en el comportamiento de ésta como empresa del mismo grupo de Hespe Leasing. En nuestro caso, las demandadas perfeccionan contratos totalmente diferenciados y con objetos diferentes, como ya hemos explicado. Al ser dos contratos separados y con fines tan diferentes, no se puede decir que actúen como un grupo de empresas ya que ni siquiera existe una realidad económica común que justifique una relación entre INMAC y Hespe Leasing.

B. La cláusula arbitral entre INMAC y Hespe Leasing no vincula a INMAC con INMEL

86. Como ya hemos explicado (*vid. Supra SEGUNDA A*), la demandante pretende traer a INMAC a un procedimiento arbitral en virtud de una cláusula jurisdiccional de resolución de controversias. A continuación, dejando a un lado la imposibilidad de someter a una parte a arbitraje aplicando una cláusula jurisdiccional, demostraremos cómo tampoco es competente el Tribunal Arbitral para resolver una controversia entre INMAC e INMEL por el hecho de que INMAC haya firmado una cláusula arbitral con Hespe Leasing.
87. El Principio 1.3 de UNIDROIT recoge que: “*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. (...)*”. A sensu contrario, los contratos no serán vinculantes para los terceros que no sean parte en el mismo. Por este motivo, el contrato celebrado entre INMAC y Hespe Leasing (que sí que contiene una cláusula arbitral para la resolución de disputas) solamente será obligatorio para las partes y producirá efectos entre ellas. No se puede decir que el contrato entre Hespe Leasing e INMAC sea obligatorio ni vincule de ninguna manera a INMEL.
88. El convenio arbitral es un acuerdo de voluntades y esta voluntad es un requisito esencial para constituirlo. El hecho de que INMAC tenga la voluntad de dirimir sus controversias con Hespe Leasing mediante arbitraje, que, recordemos, ya han tenido relaciones comerciales anteriores entre ellas, no puede suponer la voluntad de INMAC de someterse a arbitraje para dirimir las controversias surgidas con cada empresa que contrate. En este caso, la voluntad de someterse a arbitraje con Hespe Leasing en el caso de que surjan controversias entre ellas es clara para el Contrato de Suministro que firman, pero no se puede presumir una voluntad general de sometimiento a arbitraje para todos los conflictos en los que se vea involucrada INMAC.

Conclusión

89. INMAC no debe someterse a arbitraje en ningún caso. No existe ninguna relación contractual entre INMEL (demandante) e INMAC (demandado) que justifique su voluntad de someterse a este procedimiento. Además, la existencia de una cláusula de arbitraje entre INMAC y Hespe Leasing no puede vincular a INMAC a este arbitraje al tratarse de un contrato completamente independiente al firmado por INMEL y Hespe Leasing.

⁴² Caso Dow Chemical v. Isover Saint Gobain.

CONCLUSIÓN ARGUMENTACIÓN PROCESAL

90. Este Tribunal Arbitral carece de competencia para resolver la presente disputa. Las partes deben acudir a los tribunales ordinarios tal y como dispone la Cláusula 17 del Clausulado Básico, puesto que la Cláusula 41 no es aplicable. Además, INMAC no debe ser parte en el procedimiento en ningún caso, al no tener ninguna relación contractual con la demandante.

ARGUMENTACIÓN PARTE SUSTANTIVA

PREVIA. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO. EL ARRENDATARIO ELIGIÓ AL ARRENDADOR Y AL PROVEEDOR

91. Con carácter previo al análisis de las posturas defendidas por esta parte, debemos volver a mencionar las relaciones existentes entre las tres partes implicadas en la presente controversia. Como ya hemos dicho y veremos a continuación, existen dos contratos independientes con obligaciones específicas.
92. En primer lugar, analizaremos el Contrato de Arrendamiento. El art. 2 de la Ley Modelo de Arrendamiento define como arrendamiento financiero *“aquél en el que el Arrendatario especifica el activo y elige al proveedor; y en el que el arrendador adquiere el activo en relación a un contrato de leasing y el proveedor tiene conocimiento de tal circunstancia”*. En este caso, INMEL (en adelante, el “Arrendatario”) contactó con Hespe Leasing (en adelante, el “Arrendador”) para adquirir un modelo concreto de centro de mecanizado a INMAC (en adelante, el “Proveedor”).
93. Por otra parte, el art. 1.2 a) de la Convención de Ottawa señala como requisito para que el arrendamiento sea de carácter financiero el siguiente: *“el arrendatario especifica el equipo y elige el proveedor sin depender primordialmente de la habilidad y juicio del arrendador”*. A este respecto, la demandante señala que el Arrendador: *“se precia de ser una empresa especializada en el sector de la industria y la automoción, lo que lleva (...) a influir en la selección de bienes y proveedores realizada por parte del cliente-arrendatario”* [Escrito de Demanda, párr. 35]. No obstante, el hecho de que el Arrendador afirme que es especialista en el sector de la automoción no significa que influya en la selección del Proveedor.
94. Tras haber seleccionado por su cuenta a dos posibles proveedores, el Arrendatario contactó con el Arrendador para conocer su opinión acerca de ellos. El Arrendador se limitó a expresar que sólo había trabajado con uno de ellos, sin emitir ningún juicio de valor sobre el otro proveedor ya que no conocía *“demasiado a la empresa ARTESA”* [Doc. de la Solicitud n° 3].
95. Respecto al proveedor con el que había trabajado, el Arrendador se pronunció sobre su experiencia. Si bien esto constituye un juicio subjetivo, no resulta determinante en la elección del Proveedor dado que el Arrendatario solicitó expresamente el *“parecer”* del Arrendador [Doc. de la Solicitud n° 2] y éste simplemente respondió. De este modo, fue el Arrendatario quien libremente se decantó por el segundo proveedor y decidió contactar con él para comunicarle el modelo concreto de centro de mecanizado que deseaba.
96. Teniendo presente lo expuesto, resulta claro que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento financiero, el cual implica la necesidad de celebrar un contrato de suministro con el Centro de Mecanizado como objeto. Esto es así puesto que el Arrendador no podría ofrecer al Arrendatario el activo deseado si no es adquiriéndolo del proveedor indicado en virtud de un

contrato de suministro. De todo ello no puede derivarse relación alguna entre Arrendador y Proveedor más allá de la recogida en el Contrato de Suministro que les vincula. Por tanto, en la presente controversia existen dos contratos diferenciados de los que, de existir incumplimiento, únicamente se podrían llegar a exigir responsabilidades independientes.

PRIMERA. EL CENTRO DE MECANIZADO ERA CONFORME A LOS CONTRATOS

97. La demandante sostiene el incumplimiento de los Contratos de Arrendamiento y de Suministro sobre la base de la falta de conformidad del Centro de Mecanizado por no ser apto para procesar aceros de alta resistencia [*Escrito de Demanda*, Párr. 22]. Sin embargo, la Máquina era conforme a los contratos por ser exactamente la elegida y solicitada por el propio Arrendatario, es decir, el Centro de Mecanizado A464-07. Asimismo, es preciso señalar que el Centro de Mecanizado carecía de defectos técnicos.

98. Es decir, en el presente apartado esta parte defenderá que, contrariamente a lo expuesto por el Arrendatario: la Máquina entregada era la solicitada (A), era apta para su uso ordinario (B) y el Arrendatario no especificó que fuera a darle ningún uso especial (C).

A. El Arrendatario recibió exactamente el modelo de Centro de Mecanizado que solicitó

99. El art. 35.1 CCIM señala que “*el vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato*”. En el presente caso, las partes acordaron la entrega del Centro de Mecanizado A464-07 como consecuencia de la solicitud expresa de dicho modelo por el Arrendatario al Proveedor [*Doc. de la Solicitud n° 4*].

100. Las expresiones “calidad y tipo” relativas a las mercaderías permiten abarcar todas las posibles condiciones o cualidades objetivas que dichas mercaderías deban reunir, según los modos ordinarios de clasificarlas en el tráfico⁴³. En el sector de la maquinaria industrial la calidad y tipo son inherentes a cada modelo concreto de maquinaria. De este modo, la especificación del modelo A464-07 realizada por el Arrendatario supone la exigencia de recibir la calidad correspondiente a este tipo de centro de mecanizado. Por tanto, con la entrega de una unidad del modelo A464-07 el Arrendador cumplió su obligación de poner a disposición del Arrendatario la cantidad, calidad y tipo estipulados en el contrato.

B. El Centro de Mecanizado es apto para su uso ordinario

101. La demandante defiende que la Máquina no es apta para procesar los materiales necesarios, por lo que cuestiona la calidad del Centro de Mecanizado. Así, hemos de acudir al art. 35.2.a) CCIM, que señala que las mercaderías han de ser aptas para los usos a los que ordinariamente se destinen. Por tanto, cuando no se especifica ningún uso especial, como en el presente caso (*vid. Infra C*), las características que deben concurrir en el equipo son las derivadas de su uso ordinario⁴⁴, sin que sea necesario especificar dicho uso⁴⁵.

102. La doctrina considera que esta regla es la más importante en la aplicación del art. 35.2 CCIM ya que se refiere a la obligación implícita del vendedor de entregar un bien conforme al contrato⁴⁶.

⁴³ DIEZ-PICAZO, pág. 299.

⁴⁴ SCHLECHTRIEM, pág. 416.

⁴⁵ FELEMEGAS, pág. 168.

Los bienes entregados son adecuados para su uso ordinario cuando poseen cualidades normales, i.e. las características requeridas normalmente para el tipo de bienes descritos en el contrato, y cuando están libres de defectos que normalmente no se dan en ese tipo de bienes⁴⁷.

103. *A sensu contrario*, los bienes no son adecuados para su uso ordinario cuando la carencia de unas características específicas o la existencia de defectos concretos impiden su uso material, producen resultados deficientes o implican costes atípicos⁴⁸. Esto es así puesto que la conformidad consiste en la adecuación material de las mercaderías con las que el vendedor pretende cumplir las exigencias del contrato⁴⁹.
104. Pues bien, el Centro de Mecanizado era apto para los usos a los que ordinariamente se destinan las mercaderías del mismo tipo, que es el de fresar y torneear piezas [*Doc. de la Solicitud n° 2*]. De hecho, para determinar si la mercadería se adapta a los usos ordinarios suele tenerse en cuenta el criterio de la comerciabilidad⁵⁰, i.e. que los bienes sean aptos para su venta, y, en nuestro caso, el Arrendador finalmente vendió la Máquina tras tomar su legítima posesión [*Aclaración n° 21*].
105. En este punto conviene señalar que las incidencias que se produjeron no fueron resultado de un fallo en la Máquina, sino fruto “*de la introducción de materiales inadecuados para la capacidad del Centro de Mecanizado*” [*Doc. de la Respuesta a la Solicitud n° 4*].
106. La capacidad máxima que podía soportar la Máquina correspondía a materiales de una dureza de entre 350-400 HB y el Arrendatario trató de procesar acero de dureza Brinnell superior a 500 [*Aclaración n° 7*], que es acero de herramientas en lugar de acero para componentes industriales [*Doc. de la Respuesta a la Solicitud n° 2*]. Así, la Máquina entregada no posee defecto alguno que impida su uso o produzca resultados deficientes siempre y cuando se emplee de forma adecuada.
107. En un caso que dirimió el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos se determinó que se podía interpretar la conformidad de la mercadería al uso ordinario bajo el criterio de la calidad razonable⁵¹. En el presente caso, la Máquina entregada al Arrendatario es de calidad razonable puesto que es útil para fresar y torneear piezas de automoción, que es la calidad que se puede esperar de una máquina destinada a tal fin.
108. El Arrendatario especificó por su cuenta y riesgo el modelo de centro de mecanizado que necesitaba para hacer frente al procesamiento de acero de herramientas. Si la elección del modelo por parte del Arrendatario fue equivocada, ninguna responsabilidad pueden tener ni el Arrendador ni el Proveedor. Cuando el Arrendatario especifica un modelo concreto de Centro de Mecanizado, el Arrendador y el Proveedor no tienen otra elección que financiarle y proporcionarle la Máquina elegida. Esto es particularmente cierto en el presente caso ya que el Arrendatario es experto en el sector de la automoción y debería de haber conocido sus necesidades reales, i.e. que necesitaba otro modelo de centro de mecanizado, y si no las conocía, esa falta de diligencia profesional no puede, en ningún caso, acarrear consecuencias negativas para el Arrendador y el Proveedor que, recordemos, financiaron y proveyeron el Centro de Mecanizado especificado por el Arrendatario.

⁴⁶ LOOKOFSKY, pág. 88; FELEMEGAS, pág. 168.

⁴⁷ BIANCA, pág. 273; BERNSTEIN&LOOKOFSKY, pág. 59.

⁴⁸ Vid. Nota al pie 47.

⁴⁹ DIEZ-PICAZO, pág. 287.

⁵⁰ FELEMEGAS, pág. 168; DIEZ-PICAZO, pág. 300; SCHLECHTRIEM, pág. 416; Caso Mitias v. Solidea; Caso International Housewares Lmt. v. SEB.

⁵¹ Caso Condensate crude oil.

- 109.En relación con lo anterior, en un caso similar, el Tribunal, tras advertir que la compradora tenía una específica cualificación en su sector de actividad, señaló que, precisamente por ello, la compradora no podía ignorar la falta de adecuación del modelo seleccionado a sus necesidades.⁵²
- 110.En este sentido, el art. 35.3 CCIM señala que *“el vendedor no será responsable de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato”*. L. DIEZ-PICAZO indica que *“para determinar en cada caso si la falta de conformidad es o no imputable al comprador habrá que tener en cuenta no sólo la conducta del propio comprador, sino los deberes concretos de informar o advertir que puedan ser exigibles al vendedor”*.
- 111.En el presente caso, el Arrendatario debería haberse informado sobre las capacidades de la Máquina en particular antes de especificar un modelo equivocado. Así, no es excusable el hecho de que no considerase que el acero de dureza superior podría ser incompatible con el Centro de Mecanizado ya que el Proveedor cumplió su obligación de información al entregarle el manual de uso de la Máquina [*Aclaración nº 9.1*].
- 112.Respecto al manual de uso, cabe indicar que con una simple lectura de dicho manual, el Arrendatario se habría percatado de que el Centro no podía utilizarse para procesar aceros de herramientas sin necesidad de realizar ningún test. Así, el Arrendatario no puede vincular el uso incorrecto que él mismo dio a la Máquina a un defecto técnico o de fabricación.
- 113.Por tanto, la Máquina que el Arrendador puso a disposición del Arrendatario es en todo punto conforme al Contrato de Arrendamiento ya que se corresponde con el modelo exacto que el Arrendatario especificó y es apta para su uso ordinario.

C. El Arrendatario no comunicó que fuera a dar a la Máquina un uso especial

- 114.La parte demandante señala la falta de conformidad de la Máquina por no ser apta para procesar los materiales especificados [*Escrito de Demanda, párr. 22*], de lo que deducimos, a falta de mayor argumentación, que sostiene haber expresado un uso especial.
- 115.A este respecto es preciso tener en cuenta el art. 35.2.b) CCIM, que establece lo siguiente: *“las mercaderías no serán conformes al contrato a menos que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor”*.
- 116.En ausencia de un acuerdo en contrario, los bienes deben ser aptos para su uso ordinario⁵³. Por tanto, un uso especial es aquél que implica el uso de las mercaderías para actividades o en circunstancias distintas a las comunes. El art. 35.2.b) CCIM requiere que el comprador simplemente muestre su intención de usar los bienes para un propósito específico⁵⁴. En este sentido, P. SCHLECHTRIEM⁵⁵ entiende que existe un uso especial cuando, por ejemplo, un

⁵² AP Barcelona 28 Abril 2004.

⁵³ SCHLECHTRIEM, pág. 416; BIANCA, pág. 274.

⁵⁴ BIANCA, párr. 2.5.2.

⁵⁵ SCHLECHTRIEM, pág. 421.

comprador de maquinaria pretende emplearla bajo condiciones climáticas atípicas ya que ese uso no puede inferirse del contrato si no es comunicándolo de manera expresa.

117. En esta línea, otro caso de uso especial sería aquel en el que las mercaderías se deben adaptar a la regulación específica del país del comprador. Así se dispuso en el caso *New Zealand Mussels*⁵⁶, cuando el Tribunal señaló que la concentración de cadmio de los mejillones no implicaba falta de conformidad, ya que eran comestibles, es decir, cumplían con su uso ordinario. Por otra parte señaló que para que el vendedor entregase los mejillones de acuerdo a la legislación del país del comprador, éste tendría que haber informado de dicha normativa.
118. En el presente caso, la Máquina A464-07 se emplea ordinariamente para fresar y torneear piezas [*Doc. de la Solicitud n° 2*] de modo que el Arrendatario debería haber expresado su intención de emplearlo para un uso distinto al ordinario o especial: procesar acero de herramientas.
119. Según el art. 35.2.b) CCIM anteriormente citado, para que exista un uso especial es preciso que éste haya sido comunicado de cualquier forma al vendedor. Como veremos, esta comunicación no ha tenido lugar ni expresa (i) ni tácitamente (ii).

i. El Arrendatario no comunicó expresamente un uso especial

120. La doctrina defiende que la comunicación de un uso especial se llevará a cabo expresamente si se realiza a través de comunicaciones entre ambas partes⁵⁷. Esto no ha tenido lugar ya que en ningún momento el Arrendatario solicitó un centro de mecanizado para procesar acero de herramientas. Por el contrario, señaló que necesitaba renovar su centro de mecanizado para “fresar y torneear piezas” [*Doc. de la Solicitud n° 2*] y seleccionó, en consecuencia, el modelo A464-07 [*Doc. de la Solicitud n° 4*], útil para tal fin.

ii. El Arrendatario no comunicó tácitamente un uso especial

121. Por otra parte, se entiende que la comunicación del uso especial tendrá lugar de forma tácita mediante la aquiescencia a los usos entre ambas partes o a los usos de un determinado gremio⁵⁸.
122. Dado que las partes nunca habían contratado con anterioridad y que no existen usos específicos dentro del sector de la automoción en virtud de los cuales los centros de mecanizado hayan de procesar una determinada dureza, no existe uso especial tácito.
123. El Centro de Mecanizado es apto para procesar los materiales señalados siempre y cuando no sobrepasen la dureza correspondiente a los componentes industriales. De esta forma, la expresión “acero de alta resistencia y baja aleación” no significa que el Arrendatario necesitase procesar acero de herramientas, esto es, que estuviese indicando una dureza superior a la de componentes industriales, y, por tanto, un uso especial, tal y como pretende la demandante [*Escrito de Demanda, párr. 27*].
124. De hecho, la Circular n° 323/1999 del Ministerio de Industria, relativa a los componentes químicos y durezas del acero, señala que “los aceros blandos poseerán una dureza inferior a 120

⁵⁶ Caso *New Zealand Mussels*.

⁵⁷ IGLESIA MONJE, pág. 124.

⁵⁸ IGLESIA MONJE, pág. 124.

HB; los aceros para componentes industriales inferior a 500 HB; y los aceros para herramientas y superiores, incluso superior a 500 HB” [Doc. de la Respuesta a la Solicitud n° 2]. De ello no puede inferirse que los aceros de alta resistencia y baja aleación sean aceros de herramientas.

125. Por tanto, comprobamos que en ningún momento el Proveedor podría haber deducido de una simple enumeración de materiales que el Arrendatario fuera a darle un uso atípico, i.e. procesar aceros de herramientas, cuando el Centro de Mecanizado que eligió expresamente se emplea únicamente para procesar acero para piezas de automoción.

Conclusión

126. La Máquina es conforme a los contratos ya que se corresponde con el modelo específicamente solicitado. Además, es apto para su uso ordinario, que no es otro que el que el Arrendatario hizo saber al Arrendador cuando eligió la Máquina. En todo caso, no puede derivarse de la simple enumeración de unos materiales que el Arrendatario comunicase un uso especial. Arrendador y Proveedor cumplieron con la obligación de entregar un bien conforme en virtud del art. 35 CCIM.

SEGUNDA. EL ARRENDATARIO NO PODÍA EXIGIR LA SUSTITUCIÓN DE LA MÁQUINA

127. La demandante defiende la legítima petición de sustitución de la Máquina por su falta de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Arrendamiento [*Escrito de Demanda*, párr. 30]. Esta parte ya ha rebatido que el bien no era conforme a los Contratos. Sin embargo, veremos cómo, aun bajo el supuesto hipotético de que el bien no fuera conforme, el Arrendatario no tenía derecho a exigir la sustitución de la Máquina. Por tanto, la demandante no estaba legitimada para solicitar la sustitución del Centro de Mecanizado ni al Proveedor (A) ni al Arrendador (B).

A. El Arrendatario no puede exigir la sustitución de la Máquina al Proveedor

128. El art. 46.2 CCIM prevé la posibilidad de que la parte perjudicada por un incumplimiento exija la sustitución del bien entregado siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) incumplimiento esencial del contrato por falta de conformidad y (ii) comunicación de la petición en un plazo determinado. En el presente caso, como hemos visto (*vid. Supra PRIMERA*), no hubo ningún incumplimiento del Contrato de Suministro.
129. En el hipotético caso en que la Máquina no fuese conforme, y, por tanto, el Arrendador hubiese incumplido el Contrato de Arrendamiento, para solicitar la sustitución de la Máquina el incumplimiento tendría que ser de carácter esencial. Para ello, el Arrendador debería de haber sido privado de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato⁵⁹. No obstante, en el presente caso, lo único que podía esperar el Arrendatario sobre la base del Contrato era recibir el modelo de Centro de Mecanizado A464-07, que fue el modelo que se le entregó.
130. Por otra parte, la doctrina sostiene que el factor determinante para solicitar la sustitución es que el defecto quede completamente subsanado, quedando el medio para hacerlo a elección del vendedor. Si un defecto puede ser subsanado mediante la entrega de un bien sustituto o mediante la reparación, el vendedor tiene derecho a elegir cómo desea hacerlo⁶⁰. Por lo tanto, no resulta

⁵⁹ Art. 25 CCIM; DIMATTEO, pág. 127; Caso Scaffold fittings.

⁶⁰ SCHLECHTRIEM, pág. 565; LEISINGER, pág. 62.

reprochable en ningún caso que el Proveedor decidiese reparar la Máquina en lugar de sustituirla, más aún cuando no existe incumplimiento alguno del Contrato de Suministro.

131. Además, antes de repararla es lógico que el Proveedor comprobase la veracidad de la información transmitida por el Arrendatario en relación con el recalentamiento de la Máquina. A ello se refirió el Proveedor al expresar al Arrendatario que *“no es política de nuestra empresa (ni de ninguna otra empresa seria) el sustituir una máquina nueva y aparentemente en buen estado sin haberla examinado previamente”*, basándose dicha política en la experiencia que le permitió añadir que *“en casi el 100% de los casos el problema es nimio o se encuentra en un uso indebido de la máquina”* [Doc. de la Solicitud n° 13]. Así, el Arrendatario no puede esperar una sustitución inmediata de la Máquina ya que el Proveedor necesita conocer cuál es la raíz del problema con el Centro de Mecanizado antes de proceder a su sustitución.
132. El Proveedor subcontrató a CHAPUSA, proveedora de servicios técnicos con la que acostumbraba a contratar en estos casos [Aclaración n° 16]. El examen de la Máquina reveló que *“el problema parece provenir de la introducción de materiales inadecuados para la capacidad del centro de mecanizado”* [Doc. de la Respuesta a la Solicitud n° 4]. Por tanto, no procede la sustitución de la Máquina y es razonable y ajustado a los hechos que el Proveedor eligiese la reparación ya que el problema residía en el uso inadecuado que el Arrendatario dio a la Máquina.
133. Por otra parte, conviene puntualizar que fue el Arrendatario y no el Arrendador quien autorizó al Proveedor a retirar la Máquina de sus instalaciones para buscar una solución a su problema con la Máquina [Aclaración n° 12]. Una vez retirada, además, el Arrendatario ni siquiera se puso en contacto ni con el Arrendador ni con el Proveedor en las dos semanas inmediatamente posteriores [Aclaración n° 11], mostrando así su desinterés.
134. Por todo ello, resulta desproporcionada la postura de la parte demandante cuando afirma que *“INMAC (Proveedor) incumplió dolosamente con su obligación de sustituir una máquina conforme a las especificaciones hechas por INMEL (Arrendatario). Y tal incumplimiento fue doloso porque la voluntariedad y conciencia puesta por INMAC (Proveedor) en el cumplimiento de la obligación determina la calificación de dolosa que corresponde atribuirle, prescindiendo inclusive de su voluntad de dañar”* [Escrito de Demanda, párr. 31]. Como ha quedado demostrado, el Proveedor cumplió con su Contrato y no causó al Arrendatario perjuicio alguno por lo que es en todo punto exagerado sostener que le dañó dolosamente.

B. El Arrendatario no puede exigir la sustitución de la Máquina al Arrendador

135. Aun cuando asumamos como hipótesis que la Máquina no fuese conforme, el art. 12.5 de la Convención de Ottawa señala que *“el arrendatario no tendrá acción contra el arrendador por falta de entrega del equipo, retardo en la entrega del equipo o entrega de equipo no conforme a menos que ello haya sido resultado de un acto u omisión del arrendador”*. En este caso, el Arrendador se limitó a adquirir la Máquina señalado por el Arrendatario al Proveedor y, por tanto, no realizó acto u omisión alguno que permitan que se le considere responsable.
136. Así, aun cuando el Centro de Mecanizado no fuese conforme al Contrato de Arrendamiento (que sí lo era), el Arrendador no sería responsable de esa hipotética falta de conformidad al haber puesto a disposición del Arrendatario el modelo expresamente señalado.

Conclusión

137. Sobre la base del art. 46.2 CCIM, no resulta procedente la sustitución de la Máquina, ya que no existe incumplimiento de obligación alguna por parte del Arrendador ni del Proveedor, quienes entregaron la Máquina especificada por el Arrendatario. Por el contrario, el recalentamiento del Centro de Mecanizado se debe única y exclusivamente a la negligencia del Arrendatario, quien no le dio un uso correcto y, tras exigir su sustitución pese a no estar legitimado para ello, se desentendió de la Máquina durante dos semanas.

TERCERA. EL ARRENDADOR NO INCUMPLIÓ LA GARANTÍA DE LA POSESIÓN PACÍFICA DEL CENTRO DE MECANIZADO

138. La parte demandante se refiere a la privación de la posesión pacífica del Centro de Mecanizado al quedar pendiente el pago de su reparación a la empresa subcontratada.
139. En este punto conviene tener en cuenta el art. 16.1.a) de la Ley Modelo de Arrendamiento, que señala que *“el arrendador garantiza al arrendatario que su posesión pacífica del activo no será perturbada por una persona con título o derecho preferencial o por quien reclame judicialmente tener un título o derecho preferencial, siempre que dicho título, derecho o reclamación derive de un acto u omisión dolosa o negligente por parte del arrendador”*.
140. El Arrendador no estaba obligado a garantizar la posesión pacífica de la Máquina al Arrendatario puesto que el propio Arrendador no realizó acto u omisión dolosa o negligente alguna (A) mientras que el Arrendatario actuó de manera negligente (B).

A. El Arrendador no realizó ningún acto u omisión dolosa o negligente

141. El Arrendador se limitó a adquirir el Centro de Mecanizado y a realizar un seguimiento de los problemas surgidos entre Arrendatario y Proveedor, por lo que no pactó en ningún momento la renuncia a la sustitución de la Máquina en favor de su reparación, tal y como alega la demandante [Escrito de Demanda, párr. 52]. De hecho, el Arrendador se limitó a señalar que comprendía que debían *“hacer lo que sea preciso para solucionar el problema”* [Doc. de la Solicitud nº 13, e-mail de 16-10-09, 15.37 h.] cuando fue informado del recalentamiento de la Máquina por el Proveedor. Por lo tanto, el Arrendador actuó con la debida diligencia y, en todo caso, no llevó a cabo ningún acto u omisión negligente.

B. El Arrendatario actuó de manera negligente

142. Con el examen de la Máquina se desveló que la causa de su recalentamiento era *“la introducción de materiales inadecuados para la capacidad del centro de mecanizado”* [Doc. de la Respuesta a la Solicitud nº 4]. Por lo tanto, el Arrendatario llevó a cabo una conducta negligente al introducir materiales incompatibles con la capacidad de la Máquina puesto que disponía de un manual de uso en el que constaban los materiales que la Máquina podía procesar [Aclaración nº 9.1].
143. Aún así, el Arrendatario obvió la información relativa al modo de empleo de la Máquina [Aclaración nº 9.2] y procedió a introducir materiales de dureza superior a la que el Centro de Mecanizado podía procesar. Este comportamiento supone la actuación negligente del Arrendatario puesto que tenía los medios y la información para proceder con diligencia en el uso del Centro de Mecanizado y no los utilizó.

Conclusión

144. Según el art. 16.1.a) de la Ley Modelo de Arrendamiento, el Arrendador no estaba obligado a garantizar la posesión pacífica de la Máquina ya que el derecho de retención que ejerció CHAPUSA nació exclusivamente de la actuación negligente del Arrendatario. Éste dio un mal uso a la Máquina y no puso los medios necesarios para emplearla correctamente.

CUARTA. EL ARRENDATARIO NO PODÍA INTERRUPIR EL PAGO DE LAS CUOTAS DE LEASING Y SU ACTUACIÓN SUPONE UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

145. La parte demandante defiende su derecho a interrumpir el pago de las cuotas de leasing por no haber cumplido el Arrendador sus obligaciones contractuales. No obstante, como ya hemos demostrado, el Arrendador ha actuado conforme al Contrato de Arrendamiento en todo momento.
146. La interrupción del pago de las cuotas de leasing sólo se justifica si existe un incumplimiento por parte del arrendador de entregar un equipo conforme al contrato, tal y como establece el art. 12.3 de la Convención de Ottawa⁶¹. Sin embargo, en el presente caso, no existe ningún incumplimiento que pueda justificar dicha interrupción ya que el Arrendador entregó al Arrendatario el modelo concreto solicitado (*vid. Supra PRIMERA*).
147. El Principio 7.1.3 (1) de UNIDROIT, relativo a la suspensión del cumplimiento, señala que *“cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación”*. Este principio se corresponde con la *exceptio non-adimpleti contractus*⁶², i.e. la excepción de incumplimiento previo, que ampara a aquella parte que no cumple como respuesta al incumplimiento previo de la otra parte en un contrato bilateral⁶³.
148. Es necesario, en primer lugar, establecer que la parte que incumple estaba obligada a cumplir anticipada o simultáneamente. Como regla general, el cumplimiento ha de tener lugar simultáneamente en los contratos bilaterales, como es el caso. Además, la doctrina señala expresamente que un vendedor está facultado para recibir el pago en el momento exacto de la entrega⁶⁴. Así, el Arrendatario ha de pagar las rentas de leasing simultáneamente a la puesta a disposición de la Máquina por el Arrendador.
149. En segundo lugar, es preciso determinar el incumplimiento de la parte obligada a cumplir simultáneamente. En este caso, el Arrendatario no estaba facultado para suspender el cumplimiento de su obligación de pago ya que el Arrendador cumplió con su obligación de adquirir el modelo contratado y entregárselo al Arrendatario. La inobservancia de una obligación contractual sin motivo que la justifique supone el incumplimiento esencial del contrato⁶⁵. Por

⁶¹ Art. 12.3 de la Convención de Ottawa: *“El arrendatario tendrá el derecho de retener el pago de las rentas estipuladas en el contrato de arrendamiento hasta que el arrendador haya subsanado el cumplimiento de su obligación de entregar el equipo conforme al contrato de suministro”*.

⁶² UNIDROIT, pág. 203.

⁶³ NYER, pág. 46.

⁶⁴ UNIDROIT, pág. 160.

⁶⁵ [UNCITRAL Digest of case law art. 25 \[6\]](#).

tanto, la retención de las cuotas de leasing por el Arrendatario no se encuentra justificada y supone un incumplimiento de su obligación de pagar, es decir, un incumplimiento esencial.

150. Es precisamente este incumplimiento del Arrendatario el que faculta al Arrendador, con base en la excepción de incumplimiento previo señalada, a suspender el cumplimiento de su obligación de poner a disposición del Arrendatario la Máquina tomando posesión de la misma.
151. De hecho, el Arrendatario fue informado expresamente por el Arrendador del incumplimiento contractual que supondría la interrupción del pago de las cuotas de leasing [*Doc. de la Solicitud n° 16*] y, aún así, el Arrendatario cesó en el pago. De este modo, el Arrendatario era plenamente consciente del incumplimiento contractual que suponía su conducta, llevándola a cabo, pues, voluntariamente y con pleno conocimiento de las consecuencias que de ello se derivarían. En consecuencia, el Arrendador estaba legitimado para reclamar el cumplimiento de la obligación dineraria, a lo que se refiere el Principio 7.2.1 de UNIDROIT al señalar que “*si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago*”.
152. Por otra parte, el Arrendatario concluyó unilateralmente las relaciones con el Arrendador [*Doc. de la Solicitud n° 15*], por lo que, además de la falta de pago, el Arrendatario resolvió indebidamente el Contrato de Arrendamiento de manera unilateral (*vid. Infra QUINTA*), de modo que incumplió gravemente el Contrato. A este respecto se ha de tener en cuenta el Principio 7.4.1 de UNIDROIT, que establece que “*cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada el derecho a resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios*”.
153. Así, debemos concluir que el Arrendatario no debe limitarse a restituir los pagos, sino que debe resarcir a esta parte ya que no se limitó a suspender los pagos durante un determinado periodo de tiempo, sino que resolvió indebidamente el Contrato de Arrendamiento de manera unilateral.

Conclusión

154. El Arrendatario no estaba legitimado para interrumpir el pago de las cuotas de leasing ya que el Arrendador había cumplido las obligaciones del Contrato de Arrendamiento ya que puso a disposición del Arrendatario el modelo A464-07 que este último había solicitado.

QUINTA. EL ARRENDADOR Y NO EL ARRENDATARIO ESTABA LEGITIMADO PARA RESOLVER EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

155. La demandante alega estar legitimada para resolver el Contrato de Arrendamiento tanto por la falta de conformidad del Centro de Mecanizado como por el incumplimiento de la garantía de la posesión pacífica por el Arrendador. El Arrendatario no estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento (A) y era el Arrendador quien estaba legitimado para resolverlo (B).

A. El Arrendatario no estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento

156. La parte demandante alega estar legitimada para resolver el Contrato de Arrendamiento. No obstante, el art. 23.1 de la Ley Modelo de Arrendamiento⁶⁶ establece la posibilidad de resolver el

⁶⁶ Art. 23.1.a) de la Ley Modelo de Arrendamiento: “*A reserva de lo dispuesto en el apartado (b), un contrato de leasing podrá ser resuelto por la parte perjudicada debido al incumplimiento esencial por parte del arrendatario o del arrendador*”.

contrato de arrendamiento por la parte perjudicada sólo cuando exista un incumplimiento esencial del arrendatario o del arrendador. Con todo, si el incumplimiento se debe a la privación de la posesión pacífica del bien, el contrato de arrendamiento podrá resolverse en cualquier caso.

157. En este sentido, conviene puntualizar que el Arrendador no incumplió el Contrato de Arrendamiento ni sobre la base de falta de conformidad de la Máquina (*vid. Supra PRIMERA*) ni sobre la base de la inobservancia de la garantía de la posesión pacífica (*vid. Supra CUARTA*). Por lo tanto, no concurren en el Arrendatario los requisitos establecidos por el precepto anteriormente citado para que pueda resolver el Contrato legítimamente.
158. Es decir, el Arrendador no incumplió ninguna de sus obligaciones derivadas del Contrato de Arrendamiento por lo que el Arrendatario no estaba facultado para resolverlo. Pese a ello, el Arrendatario resolvió unilateralmente el Contrato al comunicar al Arrendador que “*nos vemos obligados a dar por concluidas nuestras relaciones*” [*Doc. de la Solicitud n° 15*].
159. Pues bien, aun en el hipotético caso en que el Arrendador hubiese incumplido, la resolución total del contrato no podrá considerarse si los bienes pueden usarse parcialmente⁶⁷. Además, previamente a la resolución del contrato, se debe acudir a otro tipo de remedios, como reducción del precio o compensación, ya que la resolución del contrato debe ser ejercitada únicamente bajo circunstancias excepcionales⁶⁸. Como conclusión, la doctrina defiende que el comprador no está facultado para resolver el contrato, aun en el caso de la entrega de bienes no conformes, si se puede acudir con éxito a remedios sin causar demora o inconvenientes excesivos⁶⁹.
160. En este caso, la Máquina era capaz de modelar y fresar piezas de una dureza común en el sector de la automoción, con lo cual, no sólo se le puede dar un uso parcial, sino un uso ordinario (*vid. Supra PRIMERA B*). Prueba de ello, es que el Arrendador finalmente vendió a un tercero la Máquina cuando adquirió su legítima posesión. Además, el Proveedor contactó con el Arrendatario para retirar la Máquina y repararla en cuanto tuvo noticia del recalentamiento [*Doc. de la Solicitud n° 10*], por lo que no supuso una demora excesiva. Por su parte, el Arrendatario no se interesó por la Máquina en dos semanas, aun cuando ya estaba reparada, lo que supone que no necesitaba disponer de ella urgentemente.
161. Por tanto, aun en el caso en que el Centro de Mecanizado no fuese conforme a los Contratos (que sí lo era), el Arrendatario no estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento puesto que la Máquina fue reparada sin demora ni inconveniente alguno para el Arrendatario.

Art. 23.1.b) de la Ley Modelo de Arrendamiento: “*Salvo por lo dispuesto en el apartado (c), una vez el activo arrendado ha sido entregado y aceptado por el arrendatario, el arrendatario de un contrato de leasing financiero no puede resolver el contrato de leasing en virtud del incumplimiento esencial del arrendador o del proveedor*”.

Art. 23.1.c) de la Ley Modelo de Arrendamiento: “*En el caso de un incumplimiento esencial por parte del arrendador en relación a la garantía de posesión pacífica, el arrendatario, en un contrato de leasing financiero, podrá resolver el contrato*”.

⁶⁷ Caso Café Inventory.

⁶⁸ Caso Meat.

⁶⁹ LEISINGER, pág. 71.

B. El Arrendador estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento

162. Como ha quedado acreditado, el Arrendatario no estaba facultado para resolver el Contrato de Arrendamiento, por ello, su actuación supuso un incumplimiento de sus obligaciones contractuales al no existir motivo alguno que la justifique.
163. Dado que el pago de las cuotas de leasing es una obligación esencial del Arrendatario (i), la falta de pago supone un incumplimiento del Contrato de Arrendamiento por su parte (ii) y, en consecuencia, el Arrendador estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento (iii).

i. El Arrendatario estaba obligado a pagar las cuotas de leasing

164. La obligación de pagar las cuotas de leasing es inherente a la propia naturaleza del contrato de arrendamiento. En este sentido, el art. 1.1.b) de la Convención de Ottawa, que señala lo siguiente: *“el arrendador celebra un contrato con el arrendatario por el que concede al arrendatario el derecho de usar el equipo mediante el pago de rentas”*.
165. De la lectura de dicho precepto se desprende que la obligación principal del Arrendatario es el pago de las rentas del arrendamiento mientras que la del Arrendador es poner a disposición del Arrendatario la Máquina. Dado que el Arrendador cumplió con su obligación, el Arrendatario estaba obligado a pagar las rentas. Así lo determina el Principio 6.1.4 (1) de UNIDROIT, el que establece que *“en la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente”*.
166. Como ya ha quedado acreditado (*vid. Supra CUARTA*), Arrendador y Arrendatario estaban obligados a cumplir sus obligaciones contractuales simultáneamente. Así, el Arrendatario estaba obligado a pagar las cuotas de leasing porque el Arrendador puso a su disposición la Máquina.

ii. El Arrendatario incumplió el Contrato de Arrendamiento

167. De acuerdo con el art. 19.2 de la Ley Modelo de Arrendamiento *“se entiende que el incumplimiento tiene lugar cuando una de las partes deja de cumplir una obligación derivada del contrato de leasing o de esta ley”*. Del mismo modo, el Principio 7.1.1 de UNIDROIT señala que *“el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”*.
168. Como ha quedado demostrado, el Arrendatario tenía la obligación de pagar las rentas del arrendamiento y no lo hizo sin tener ningún motivo que justificara dicho incumplimiento (*vid. Supra CUARTA*). La interrupción del pago de las cuotas de leasing supone la inobservancia de una obligación y, en consecuencia, un incumplimiento contractual del Arrendatario.

iii. El Arrendador estaba legitimado para resolver el Contrato de Arrendamiento

169. El art. 23 de la Ley Modelo de Arrendamiento indica que *“un contrato de leasing podrá ser resuelto por ministerio de la ley, por acuerdo de las partes o por la parte perjudicada debido al incumplimiento esencial por parte del arrendatario o del arrendador”*. En el mismo sentido, el art. 13.2 de la Convención de Ottawa señala que *“cuando el incumplimiento del arrendatario es substancial el arrendador podrá también exigir el pago anticipado del valor de las rentas futuras o resolver el contrato de arrendamiento”*.

170.El anterior precepto hace mención al incumplimiento esencial, sin embargo la Convención de Ottawa no establece los criterios determinantes de dicho incumplimiento esencial. Para llenar esta laguna es necesario acudir a las previsiones de la CCIM sobre los requisitos necesario para que un incumplimiento revista carácter de esencial. El art. 25 CCIM señala que *“el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”*.

171.Como veremos, se cumplen todos los requisitos enumerados en el art. 25 CCIM⁷⁰ en relación con el incumplimiento esencial: el incumplimiento del Arrendatario ha supuesto un perjuicio al Arrendador (a), ha frustrado el fin del Contrato (b) y era previsible (c).

a. El incumplimiento del Arrendatario ha supuesto un perjuicio para el Arrendador

172.La doctrina sostiene que el art. 25 CCIM no se refiere tanto a la extensión del perjuicio como a la importancia del interés que el contrato y sus particulares obligaciones crean para las partes⁷¹.

173.Por ello, la Secretaría de UNCITRAL⁷² sostiene que la determinación acerca de si un perjuicio es esencial debe realizarse a la luz de las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta, por ejemplo, el valor monetario del contrato, el perjuicio causado por el incumplimiento o la extensión en que éste interfiere con otras actividades de la parte perjudicada. En el presente caso, el perjuicio sufrido por el Arrendador ha de determinarse en virtud del criterio del valor monetario del contrato anteriormente señalado.

174.La jurisprudencia estima que *“la gravedad del perjuicio debe ser analizada caso por caso, observando objetivamente las expectativas contractuales de la parte perjudicada, las cuales deben ser inferidas del contrato, de las prácticas establecidas por las partes y demás circunstancias que rodean al contrato”*⁷³. En este caso, la expectativa del Arrendador derivada del contrato era recibir unas rentas por la puesta a disposición de la Máquina al Arrendatario.

175.Así, el Arrendador ha adquirido una Máquina que para él resulta inútil si no recibe las rentas correspondientes. Dado que el Arrendatario interrumpió el pago de dichas rentas, el Arrendador no sólo no obtuvo beneficios del Contrato de Arrendamiento, sino que incurrió en pérdidas.

b. El incumplimiento del Arrendatario ha supuesto la frustración del fin del Contrato de Arrendamiento

⁷⁰ Art. 25 CCIM: *“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”*.

⁷¹ SCHLECTRIEM, pág. 286.

⁷² Comentario de la Secretaría de UNCITRAL sobre el art. 23 del borrador de la Convención de UNCITRAL de 1978: *“[t]he determination whether the injury is substantial must be made in the light of the circumstances of each case, e.g., the monetary value of the contract, the monetary harm caused by the breach, or the extent to which the breach interferes with other activities of the injured party”*.

⁷³ Caso Mitias v. Solidea.

- 176.El incumplimiento del Arrendatario invalida en su totalidad el fin del contrato para el Arrendador, que no es otro que recibir unas rentas a cambio de poner a disposición del Arrendatario el Centro de Mecanizado, tal y como señala el art. 1.1.b) de la Convención de Ottawa.
- 177.Para determinar la gravedad del incumplimiento L.DIEZ-PICAZO defiende que “*éste debe afectar a la base o raíz del contrato, que debe ser fundamental, que debe afectar a lo más sustancial del contrato, frustrar el propósito comercial de la empresa o privar sustancialmente al acreedor del beneficio que las partes pretendían que obtuviera*”⁷⁴. En esta línea, en los casos de insolvencia del comprador se ha considerado la falta de pago un incumplimiento esencial ya que priva al vendedor de lo que puede esperar del contrato⁷⁵. Así, mayor desvalor tendrá el hecho de cesar en el pago por voluntad propia y no por insolvencia, como en caso de la demandante.
- 178.De hecho, se reconoce el carácter esencial, no sólo de la obligación de pagar la cantidad estipulada en el contrato, sino de pagarla en el momento indicado⁷⁶ puesto que la expectativa que subyace al contrato es, normalmente, obtener un beneficio mediante la realización de actividades comerciales⁷⁷. Dado que el Arrendador debía obtener una serie de rentas como contraprestación al cumplimiento de su prestación, y no lo hizo, se ha visto privada de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del Contrato de Arrendamiento, sufriendo un inestimable perjuicio.

c. El perjuicio era previsible por el Arrendatario

- 179.La condición que se establece en este apartado es que una persona en la misma situación hubiera previsto el perjuicio. Sin embargo, para poder invocar la imprevisibilidad por parte del Arrendatario, sería necesario probar dos puntos: primero, que el Arrendatario en ningún caso previó el perjuicio causado por el incumplimiento; y segundo, que una persona razonable en su lugar tampoco lo hubiera hecho⁷⁸.
- 180.Lo que concurre es que la demandante difícilmente podría justificar la imprevisibilidad del perjuicio causado ya que, en primer lugar, la resolución del contrato supone para el Arrendador dejar de recibir las rentas y quedarse con una Máquina adquirida única y exclusivamente para el Arrendatario. En segundo lugar, cualquier persona en su lugar podría advertir que el único interés del Arrendador es percibir las cuotas a cambio de la Máquina. En este sentido, L. GRAFFI sostiene que “*cuando el contrato expresamente establece el cumplimiento de una obligación como esencial (vid. Supra QUINTA) hay poco margen para probar la imprevisibilidad del perjuicio*”.

Conclusión

- 181.Teniendo en cuenta lo anterior concluimos que, a pesar de que la parte demandante considere que ha resuelto el contrato legítimamente, ha quedado demostrado que no estaba facultada para ello. Por el contrario, el incumplimiento contractual del Arrendatario sí legitimaba a esta parte a resolver el Contrato de Arrendamiento por ser dicho incumplimiento de carácter esencial.

⁷⁴ DIEZ-PICAZO, pág. 212.

⁷⁵ UNCITRAL Digest of case law, art. 25 [8].

⁷⁶ BERNSTEIN&LOOKOFSKY, pág. 68.

⁷⁷ LIU “The Concept...”, párr. 2.2.(a); KORPINEN, pág. 7, párr. 17.

⁷⁸ FELEMEGAS, pág. 338.

CONCLUSIÓN A LA PARTE SUSTANTIVA

- 182.El Arrendatario escogió al Arrendador y al Proveedor sobre la base de su propio juicio y contactó con este último para especificar el modelo concreto de centro de mecanizado que deseaba adquirir. Dicho modelo fue exactamente el que recibió y era apto para su uso ordinario: fresar y torneear piezas de automoción.
- 183.Una vez examinado, el Arrendatario alegó el incumplimiento de los Contratos en virtud de la falta de conformidad de la Máquina por no tener capacidad para procesar acero de herramientas. No obstante, dicho incumplimiento no tuvo lugar puesto que el Arrendatario no especificó ni al Arrendador ni al Proveedor un uso especial de la Máquina esto es, que tuviera que procesar aceros de herramientas en lugar de aceros de piezas de automoción.
- 184.Con todo, fundándose en un incumplimiento que nunca tuvo lugar, decidió emprender una serie de acciones contra el Arrendador. Concretamente, interrumpió el pago de las rentas derivadas del Contrato de Arrendamiento y, finalmente resolvió dicho Contrato sobre la base del incumplimiento alegado. Ello se tradujo en que el Arrendador se encontró con una Máquina que había adquirido expresamente para el Arrendatario y que carecía de utilidad para él, causándole un grave perjuicio.
- 185.El comportamiento del Arrendatario supone un incumplimiento esencial del Contrato de Arrendamiento puesto que priva al Arrendador de lo que tenía derecho a esperar, i.e. la obtención de un beneficio económico a cambio de poner a disposición del Arrendatario la Máquina. Es esta frustración del fin del Contrato de Arrendamiento es la que legitima al Arrendador y no al Arrendatario a resolver el Contrato. Por tanto, son el Proveedor y el Arrendador quienes realmente salieron perjudicados con el desarrollo de los hechos y no como se defiende de contrario. Por todo ello, la demandante no está legitimada para solicitar daños y perjuicios.
186. Por todos estos motivos, si el Tribunal Arbitral se considera competente para resolver las disputas, la demanda habrá de ser, necesariamente, desestimada.

PETITUM

Por todo lo expuesto, solicitamos al Tribunal Arbitral:

- Que se declare incompetente para conocer las controversias suscitadas entre las partes.
- Que, en el hipotético caso en que se considere competente para conocer las controversias, declare que INMAC no debe formar parte en este procedimiento.
- Que declare que el Centro de Mecanizado A464-07 era conforme tanto al Contrato de Arrendamiento como al Contrato de Suministro y que carecía de defectos técnicos.
- Que declare que Hespe Leasing e INMAC cumplieron sus obligaciones contractuales y, por tanto, que INMEL no se encontraba legitimado para pedir la sustitución del Centro de Mecanizado A464-07 ni para interrumpir el pago de las cuotas de leasing.
- Que declare que la interrupción del pago de las cuotas de leasing es un incumplimiento esencial del Contrato de Arrendamiento que legitima a Hespe Leasing a resolver dicho contrato.
- Que declare que Hespe Leasing y, en todo caso INMAC, no deben pagar una indemnización por daños y perjuicios.
- Que condene a INMEL al pago de las costas del procedimiento.



III COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL (MOOT)

Universidad Carlos III de Madrid, España

10 enero - 25 junio de 2011

Audiencias

20 junio – 25 junio

Organizado por:

**Universidad Carlos III de Madrid
CNUDMI/UNCITRAL**

El Caso Moot Madrid 2011 ha sido elaborado por un equipo formado por profesionales de la Universidad Carlos III de Madrid y del despacho URÍA MENÉNDEZ. Por la Universidad Carlos III de Madrid han participado: Manuel Alba Fernández, David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell. Por URÍA MENÉNDEZ han participado: Virginia Allan y Julio López Quiroga. Asimismo, deseamos agradecer a Clara Pérez de Vilma Oil S.L por la asistencia prestada en lo relativo a los aspectos técnicos del caso.



UNCITRAL

ÍNDICE:

1.	Solicitud de arbitraje (CASA VERDE OIL CO).....	4
2.	Documento de la solicitud nº 1: Nombramiento de representante.....	12
3.	Documento de la solicitud nº 2: Transcripción de conversación telefónica entre D Pantaleón Pantoja, de CANUDOIL SA, y D ^a .Julia Urquidi Illanes, de Casa Verde Oil.....	13
4.	Documento de la solicitud nº 3: Conocimiento de embarque emitido por SVGPFA.....	14
5.	Documento de la solicitud nº 4: Certificado de calidad y cantidad.....	16
6.	Documento de la solicitud nº 5: Certificado de origen.....	17
7.	Documento de la solicitud nº 6: Justificante del pago mediante transferencia bancaria.....	18
8.	Documento de la solicitud nº 7: Correo electrónico enviado por D ^a Julia Urquidi a D. Antonio Conselheiro, Asunto: Instrucciones buque Ciudad Perros.....	19
9.	Documento de la solicitud nº 8: Correo electrónico enviado por D. Antonio Conselheiro a D ^a Julia Urquidi, Asunto: Re: Instrucciones buque Ciudad Perros.....	20
10.	Documento de la solicitud nº 9: Correo electrónico enviado por D. Pantaleón Pantoja a D ^a Julia Urquidi, Asunto: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	21
11.	Documento de la solicitud nº 10: Documento del contrato de compraventa.....	22
12.	Documento de la solicitud nº 11: Correo electrónico de Julia Urquidi a Pantaleón Pantoja, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	24
13.	Documento de la solicitud nº 12: Correo electrónico de Pantaleón Pantoja a Julia Urquidi, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	25
14.	Documento de la solicitud nº 13: Correo electrónico de Julia Urquidi a Pantaleón Pantoja, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	26
15.	Documento de la solicitud nº 14: Correo electrónico de Pantaleón Pantoja a Julia Urquidi, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	27
16.	Documento de la solicitud nº 15: Correo electrónico de Julia Urquidi a Pantaleón Pantoja, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	28
17.	Documento de la solicitud nº 16: Informe de inspección de la carga en destino.....	29
18.	Documento de la solicitud nº 17: Correo electrónico de Julia Urquidi a Pantaleón Pantoja, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	30
19.	Documento de la solicitud nº 18: Copia del contrato de compraventa de reemplazo.....	31

20.	Documento de la solicitud nº 19: Póliza de fletamento por viaje.....	32
21.	Documento de la solicitud nº 20: Declaración de independencia e imparcialidad del árbitro.....	35
22.	Documento de la solicitud nº 21: Extracto de las Condiciones generales de de SVGPFA Transportes S.A.....	36
23.	Documento de la solicitud nº 22: Constancia de pago de los derechos de admisión y administración de la Corte de las provisiones de fondos de honorarios de los árbitros	37
24.	Carta a enviar por Courier (de la Corte de Arbitraje de Madrid).....	38
25.	Respuesta a la solicitud de arbitraje (CANUDOS OIL S.A).....	40
26.	Respuesta a la solicitud de arbitraje (SVGPFATransportes S.A.).....	45
27.	Documento de respuesta a la solicitud nº 1: Nombramiento del representante...49	
28.	Documento de respuesta a la solicitud nº 2: Extracto de la información publicitaria enviada por CANUDOIL a Casa Verde Oil, el 3 de julio de 2010.....	50
29.	Documento de repuesta a la solicitud nº 3: Correo electrónico con recapitulación (<i>recap</i>) de la conversación telefónica mantenida entre D. Pantaleón Pantoja y D ^a Julia Urquidi Illanes	51
30.	Documento de respuesta a la solicitud nº 4: Correo electrónico de Pantaleón Pantoja a Julia Urquidi , Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	52
31.	Documento de respuesta a la solicitud nº 5: Extractos de artículos de prensa relativos a los rumores sobre el crudo extraído de Farsia, y su influencia en la evolución del precio del crudo.....	53
32.	Documento de respuesta a la solicitud nº 6: Tablas con precios de crudos en el periodo de referencia.....	56
33.	Documento de respuesta a la solicitud nº 7: Declaración de D. Santiago Zavala, de la empresa de transporte La Catedral S.L.....	57
35.	Documento de respuesta a la solicitud nº 8: Extracto del Diario de Navegación.....	58
34.	Documento de respuesta a la solicitud nº 9: Certificado de navegabilidad del buque	59
36.	Documento de respuesta a la solicitud nº 10: Correo de Antonio Conselheiro a Julia Urquidi, Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo.....	60
37.	Documento de respuesta a la solicitud nº 11: Declaración de independencia e imparcialidad del árbitro.....	61
38.	Carta a las partes a enviar por correo electrónico.....	62
39.	Declaración de independencia e imparcialidad del árbitro presidente.....	63
40.	Orden procesal nº 1.....	64
41.	Orden procesal nº 2.....	66

**Corte de Arbitraje de Madrid: Solicitud de Arbitraje
CASA VERDE OIL CO v.s. CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA
TRANSPORTES S.A.**

D. Alonso Quijano, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad Casa Verde Oil SA formula de conformidad con el artículo 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDANTE Y SU REPRESENTANTE

1. La Compañía Casa Verde Oil Co, con el nombre comercial Casa Verde Oil (en adelante, Casa Verde Oil) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Piura, no. 56, Ciudad de Repal. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (77) 239 85 32, (77) 239 85 33 e info@pvoil.cer.
2. En el presente procedimiento, Casa Verde Oil se encontrará representada por D. Alonso Quijano, abogado, calle Barataria, 89, Ciudad de Repal tel. (77) 237 23 45, fax (77) 237 23 46, correo electrónico aquijsano@quijanoabogados.cer. Se acredita la representación mediante el **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 1**.
3. Casa Verde Oil se dedica a la refinación y distribución de productos derivados del petróleo, tales como la gasolina, el gasoil, el fueloil o el queroseno.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS DEMANDADAS

4. Son demandadas en el presente arbitraje CANUDOS OIL S.A. y SVGPFA Transportes SA.
5. CANUDOS OIL S.A, con el nombre comercial CANUDOIL (en adelante, CANUDOIL) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Avda. Medina, no. 311, Ticuta, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (39) 567 96 45 33, (39) 567 89 45 34 e info@canudoil.an.
6. CANUDOIL es una compañía internacional dedicada a la comercialización de petróleo. Es empresa líder del mercado, destaca por comercializar petróleo principalmente de la zona de Farsia, situada en el país de Paradisia.
7. SVGPFA Transportes SA, con el nombre comercial SVA Transportes (en adelante, SVA Transportes) es la empresa de transporte resultante de la fusión de las sociedades SVGT (Servicios Vehiculares para Gran Tonelaje) SA, y TPFAA (Transportes de Petróleo Fosfatos, Aluminio y Acero) SA, constituido de acuerdo con las leyes de Altiplania, con domicilio social en carretera de Amazonía, km.

- 89, Mestalia, Altiplania. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (221) 879 25 91, (221) 879 25 92 e info@svgpfa.alt.
8. SVA Transportes es una multinacional dedicada a ofrecer servicios de transporte por vía marítima.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIDAD

9. Casa Verde Oil se dedica al refinado de petróleo y distribución de productos derivados del mismo, tales como la gasolina, el gasoil, el fueloil o el queroseno. Es una empresa con más de 20 años de experiencia en el sector, y su producto final destaca por su alta calidad. La calidad del petróleo solicitada por Casa Verde Oil se mide en relación con dos parámetros, ligereza y dulzura. Por un lado, el crudo ligero es líquido y de baja densidad y viscosidad, caracterizado por la presencia de fracciones de hidrocarburo ligeras, así como por una baja presencia de ceras. Dicha densidad se mide en grados de gravedad, según el método empleado por el *American Petroleum Institute* (API), lo que hace que se hable de “gravedad API”. La gravedad API es mayor cuanto menor es la densidad del crudo. En segundo lugar, el petróleo dulce implica que el contenido en azufre del petróleo no puede ser en ningún caso superior a 0,5 %. Casa Verde Oil sólo refina petróleo crudo ligero y dulce, pues, aún siendo de precio superior, sólo el petróleo dulce contiene una cantidad desproporcionada de fracciones que permiten procesar gasolina, queroseno y gasóleo de alta calidad, y sólo el petróleo ligero permite producir una mayor cantidad de gasolina y diesel una vez el crudo ha sido refinado. Casa Verde Oil emplea crudo con 0,5% de azufre (dulce) y de entre 38° a 33° API (crudo ligero) y en ningún caso crudo de API más reducido. De lo contrario, no podría alcanzar el alto estándar de calidad por el que Casa Verde Oil es internacionalmente conocida.
10. Casa Verde Oil adquiere regularmente el petróleo crudo de tres destacadas empresas dedicadas a la comercialización de petróleo de alta calidad –ARPISTA SpA, OAO MAYTA y FUSHIA KK-, en virtud de los contratos de suministro formalizados con cada una de dichas empresas.
11. En ocasiones excepcionales, generalmente cuando por razones imprevistas Casa Verde Oil necesita aprovisionarse de una cantidad de crudo superior a la anticipada o recurrir a un aprovisionamiento de sustitución, Casa Verde Oil adquiere el petróleo de otras empresas distintas a las identificadas anteriormente. La última vez que necesitó adquirir petróleo de otra empresa tuvo lugar en agosto del 2009. En aquella ocasión acudió a CANUDOIL, empresa que se ha convertido en compañía de referencia en la comercialización de crudo procedente principalmente de la zona de Farsia. El crudo de dicha zona geográfica se caracteriza por un API entre 38°-33°; tratándose de un producto que en definitiva cubre las expectativas de calidad del tipo de petróleo empleado por Casa Verde Oil. La experiencia de Casa Verde Oil con CANUDOIL, tanto en la formalización como en la ejecución de aquél contrato de compraventa de petróleo, fue totalmente satisfactoria.
12. A principios de septiembre de 2010 y por razones de índole político se interrumpió el suministro de petróleo procedente de la zona de Ruskov. La mayor

parte del crudo suministrado por OAO MAYTA a Casa Verde Oil procede de esa zona.

13. Casa Verde Oil consideró que el petróleo de la zona de Farsia comercializado por CANUDOIL se adecuaba a la calidad de crudo que emplea en la refinería al tener una gravedad API de entre 38°-33°. La necesidad de un aprovisionamiento de sustitución obligó a Casa Verde Oil a iniciar negociaciones con CANUDOIL tendientes a la adquisición de crudo.
14. Con ese propósito, en fecha 20 de octubre de 2010 D^a Julia Urquidí Illanes, representante de compras de Casa Verde Oil llamó por teléfono a D. Pantaleón Pantoja, *trader* de CANUDOIL, con el objetivo de adquirir a la mayor brevedad una partida de crudo que satisficiera sus necesidades, quedando registrados los extremos de la conversación (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2). En la misma se detalla claramente el interés de Casa Verde Oil en adquirir 188.805,115 barriles (30.000 m³) de crudo dulce y ligero, de las mismas condiciones que el adquirido en el pasado, acordando como fecha de entrega el 29 de octubre de 2010. El precio se fijó en Brent - 0,95 euros, con referencia al precio del Brent de ese mismo día (total: 7.878.837,46 euros).
15. La compra se realizó cuando la partida de crudo ofrecida por CANUDOIL se encontraba en tránsito en dirección al estrecho de Zumro a bordo del buque Ciudad Perros siendo SVA Transportes el porteador.
16. El hecho de que el producto a adquirir estuviera ya cargado y viajando “para órdenes” hacia el Estrecho de Zumro, influyó positivamente en la formalización del contrato, en la medida que se podía asegurar el abastecimiento del petróleo solicitado en el corto plazo de tiempo que la urgencia del caso requería.
17. Al tiempo de embarcar las mercancías se emitió un conocimiento de embarque (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3) al que acompañaría un certificado de origen (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 4), así como un certificado de calidad (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 5). Casa Verde Oil al recibir dichos documentos verificó que la calidad y la cantidad de la mercancía cargada en el buque Ciudad Perros, y que así figuraban en tales documentos, se correspondían con las características fijadas en el acuerdo de compraventa. Una vez finalizada esta verificación, y comprobado además que el documento de transporte tampoco contenía reserva alguna relativa a la mercancía transportada, Casa Verde Oil ordenó el pago del precio acordado a través de transferencia internacional (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 6).
18. El mismo día en que fue recibida de CANUDOIL la documentación acordada y referida en el apartado anterior se enviaron instrucciones a SVA Transportes para que dirigiese el buque Ciudad Perros, con la carga a bordo, al puerto de Tarraco (situado en Madre Patria), donde tendría lugar la entrega de la mercancía (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 7). Al día siguiente, fue recibida una comunicación acusando recibo de las instrucciones y confirmando que el Ciudad Perros estaba ya rumbo hacia Tarraco (puerto y ciudad del Estado de Madre Patria) (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 8).
19. Es en este punto cuando comenzaron las sorpresas para Casa Verde Oil. En el correo electrónico de 22 de octubre de 2010, (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 9) D. Pantaleón Pantoja remitió a D^a Julia Urquidí un archivo electrónico. Dicho archivo (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 10)

pretendía contener el documento correspondiente al acuerdo de compraventa, pero, claramente, contenía un error respecto de lo acordado en conversación telefónica, haciendo referencia a un crudo cuyo grado de gravedad API no se correspondía con la pactada, ni tan siquiera con la de un crudo “ligero”, al referirse al rango de 29°-32° API.

20. Como no podía ser de otro modo, D^a Julia Urquidi puso en conocimiento de D. Pantaleón Pantoja el error manifiesto mediante correo electrónico de fecha 25/10/2010 (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 11) para que lo corrigiese. Y aquí es donde los hechos dieron un giro inesperado. En lugar de reconocer la existencia de un error relativo a la calidad del crudo, D. Pantaleón Pantoja indicó en su respuesta del mismo día que los grados API eran correctos; que correspondían al crudo transportado en el buque Ciudad Perros, y a lo pactado en el contrato (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 12), de modo que, lejos de pedir disculpas una de las demandadas indicaba a las claras su voluntad de que Casa Verde Oil aceptara un crudo que nunca había pedido.
21. En semejante tesitura, la demandante, a través de D^a Julia Urquidi, se vio en la necesidad de contestar mediante correo electrónico también de fecha 25/10/2010 (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 13) y remitir los documentos recibidos con anterioridad (conocimiento de embarque y certificados de calidad y origen antes referidos) que confirmaban sus afirmaciones; y que constituyeron la base sobre la que Casa Verde Oil realizó el pago del precio. Ante esta muestra de la buena fe en las intenciones de la demandante, la demandada, a través de D. Pantaleón Pantoja, en fecha 27/10/2010 (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 14) reiteró sus afirmaciones sobre la calidad del crudo, así como que el error se encontraba en los documentos.
22. En esta situación, con unos documentos que decían una cosa y la vendedora afirmando otra, mi representada se encontraba lógicamente perpleja, por lo que decidió tomar medidas para esclarecer la situación. Al alcanzar la mercancía el puerto de destino, se tomaron muestras independientes por cada uno de los tanques en los que se transportó el petróleo, después de lo cual Casa Verde Oil procedió a comunicar los resultados a ambas demandadas, en fecha 29/10/2010 (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 15), adjuntando el informe realizado tras la inspección (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 16). Por un lado, el examen reveló que el crudo transportado presentaba una gravedad API de 31°. Se trataba, por tanto, de un crudo de menor gravedad, menos dulce y ligero que el acordado en virtud del contrato de compraventa y, en definitiva, no apto para los propósitos de Casa Verde Oil. Ello ponía también de manifiesto que el conocimiento de embarque y los certificados de origen y de calidad contenían información totalmente errónea y engañosa, no coincidente en ningún caso con la que correspondía a la mercancía efectivamente transportada, lo que era responsabilidad de ambas demandadas. Por otro, las muestras tomadas revelaron que el petróleo de cuatro de los tanques del buque Ciudad Perros estaba contaminado con agua de mar. El petróleo adulterado representaba un 40 % del total de la carga.
23. Del informe realizado tras la inspección y sus resultados (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 16) puede deducirse que la contaminación del crudo con agua de mar tuvo su origen en la defectuosa limpieza de los tanques, previa a las operaciones de carga, o en cualquier caso durante el transporte. Esta circunstancia

pone de manifiesto que el buque Ciudad Perros no se hallaba en las condiciones adecuadas para recibir la carga, y que SVA Transportes incumplió las obligaciones que le correspondían como porteadora. Además, y a los efectos que aquí nos interesan, el citado informe revela irrefutablemente que la contaminación tuvo lugar en el momento del llenado de los tanques, momento anterior a la celebración del contrato y, en consecuencia, a la transmisión del riesgo a mi representada, la compradora.

24. Debe tenerse muy presente el funcionamiento del mercado del crudo para entender la situación descrita. El crudo, como cualesquiera de los bienes denominados *commodities*, se negocia de manera estandarizada, de modo que el grado de exactitud exigido es muy elevado; y la responsabilidad del vendedor de que todo sea conforme es, necesariamente, más exigente. Se trata, en todo caso, de permitir a las partes realizar transacciones de cobertura cuando exista un problema, así como de asegurar la liquidez del mercado. En el presente caso, no existía sólo un problema en la calidad de la mercancía vendida, sino que venía acompañada de un incumplimiento documentario. Casa Verde Oil no podía operar con semejante incertidumbre; y, por ello, trasladó a ambas demandadas su intención de poner fin al contrato, dejando la mercancía depositada a disposición de la vendedora, así como la intención de solicitar el reembolso de los daños y perjuicios resultantes (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 17).
25. Debido al incumplimiento de ambas demandadas, Casa Verde Oil se vio obligada a concluir otra compraventa en el mercado spot en fecha 05/11/2010, por un precio unitario de Brent - 1,54, con referencia al precio del Brent de ese mismo día (total: 8.320.641,43 euros). Lógicamente, a continuación la demandante procedió a continuación a reclamar la diferencia de precio respecto del contrato objeto de controversia (441.803,97 euros) en concepto de daños y perjuicios a ambas demandadas (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD 17), adjuntando como prueba de los daños el contrato de reemplazo (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD 18). Casa Verde Oil manifestó asimismo que la mercancía se hallaba almacenada en sus dependencias a disposición y por cuenta de CANUDOIL.
26. Es la reticencia de ambas demandadas a cumplir con sus obligaciones y a asumir las responsabilidades resultantes del incumplimiento contractual la que obliga a Casa Verde Oil a iniciar el presente procedimiento.

IV. LOS CONTRATOS DE LOS QUE DERIVA LA CONTROVERSIA Y LA DOCUMENTACIÓN A ELLOS RELATIVA

27. El contrato de compraventa entre Casa Verde Oil y CANUDOIL concluido por teléfono (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2).
28. El conocimiento de embarque emitido por SVA Transportes (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3)
29. El certificado de origen de las mercaderías emitido por la entidad certificadora Tacna Marketing SPA (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 4)
30. El certificado de calidad de las mercaderías emitido por la entidad certificadora Estelas Certificación SAU (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 5)

V. EL CONVENIO ARBITRAL QUE SE INVOCA : NÚMERO DE ÁRBITROS, IDIOMA Y LUGAR DEL ARBITRAJE

31. La cláusula 5 del Conocimiento de embarque (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3**):

“Cualquier disputa que pueda surgir entre las partes en relación con este conocimiento de embarque se resolverá conforme a lo estipulado en la cláusula 34 de la póliza de fletamento referida en el anverso”.

32. La cláusula 34 de la póliza de fletamento por viaje (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 19**)

“Cualquier disputa que pueda surgir en relación con esta Póliza de Fletamento se resolverá mediante arbitraje por un tribunal constituido por tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid. La sede del arbitraje se determinará conforme a lo establecido en las Condiciones Generales del fletante. El idioma del arbitraje será el español”.

33. De acuerdo con lo establecido en la cláusula 34 de la póliza de fletamento, el presente conflicto queda sometido al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y el idioma del arbitraje será el español. De conformidad con el artículo 5 del Reglamento, esta parte designa como árbitro a D. XXX, de nacionalidad XXX. Se acompaña como **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 20** su declaración de independencia e imparcialidad.

34. La cláusula 57 de las Condiciones Generales de SVA Transportes (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 21**):

“Cualesquiera disputas que puedan surgir entre las partes en un contrato al que sean aplicables las presentes Condiciones Generales serán resueltas ante un tribunal judicial o arbitral, según corresponda, situado en el país en el que SVGPFA Transportes tenga, en el momento de la firma del contrato, su domicilio”.

35. De acuerdo con lo establecido en las Reglas de Rotterdam (norma aplicable al asunto véase más abajo en epígrafe VI), mi representada, Casa Verde Oil, solicita el inicio del procedimiento arbitral en la ciudad de Matrice, situada en el Estado de Madre Patria donde se halla el lugar de entrega de las mercancías, el puerto de Tarraco, . Dicho lugar coincide además con la sede de la institución arbitral referida en la póliza de fletamento, la Corte de Arbitraje de Madrid.

36. Cervantia, Andina, Altiplania y Madre Patria han ratificado el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

VI. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

37. La Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se encuentra en vigor en Cervantia y Andina, respectivamente los países de comprador y vendedor.
38. El Convenio de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 2008 sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam, RR) resulta de aplicación a las relaciones entre Casa Verde Oil y SVA Transportes derivadas del conocimiento de embarque, por lo que la demandante puede hacer valer lo dispuesto en dicho convenio.
39. Las Reglas de Rotterdam se encuentran en vigor en Cervantia, Andina, Altiplania y Madre Patria.
40. De lo anterior se deduce que la Ley Aplicable al fondo del asunto es la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en todo lo relativo al contrato de compraventa celebrado entre CANUDOIL, como vendedora, y Casa Verde Oil, como compradora; así como las Reglas de Rotterdam en todo lo relativo al contrato de transporte vigente entre SVA Transportes, como porteadora, y Casa Verde Oil, como destinataria de la mercancía transportada.

VII. CONSTANCIA DE PAGO DE LOS DERECHOS DE ADMISIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE Y DE LAS PROVISIONES DE FONDOS DE HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS

41. Se acredita mediante el **DOCUMENTO DE LA DEMANDA N° 22** constancia de la transferencia a la cuenta corriente de la Corte de Arbitraje de Madrid la cantidad de XXXXX € euros, en concepto de las provisiones de fondos procedentes para la tramitación del presente arbitraje.

VIII. CONCLUSIONES SOBRE EL FONDO

42. Los hechos descritos revelan claramente el incumplimiento del contrato de compraventa por parte de CANUDOIL, así como el incumplimiento del contrato de transporte por parte de SVA Transportes.

IX. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

43. Como resultado de lo anterior, Casa Verde Oil solicita al Tribunal Arbitral:

- Que declare que posee jurisdicción para conocer de la disputa de Casa Verde Oil con CANUDOIL y SVA Transportes
- Que declare que el crudo entregado por CANUDOIL a Casa Verde Oil no es conforme con las especificaciones acordadas en el contrato de compraventa entre ambas compañías.
- Que declare que Casa Verde Oil actuó en el legítimo ejercicio de su derecho a resolver el contrato de compraventa, debido al incumplimiento esencial de su obligación principal como vendedora por parte de CANUDOIL; y, como tal, posee derecho a la restitución del precio
- Que declare que CANUDOIL es responsable por los daños y perjuicios por valor de 441.803,97 euros
- Que declare que CANUDOIL incumplió su obligación de entregar documentos conformes con las especificaciones del contrato de compraventa.
- Que, declare que SVA Transportes incurrió en el incumplimiento su obligación de entregar en el puerto de destino la mercancía en las condiciones especificadas en el conocimiento de embarque.
- Que declare que SVA Transportes incumplió con su deber de introducir reservas en el conocimiento de embarque emitido al objeto de corregir la información patentemente falsa suministrada por CANUDOIL.
- Que declare que, como resultado de tales incumplimientos, SVA Transportes debe ser declarada responsable por daños y perjuicios de modo solidario con CANUDOIL
- Que las partes demandadas sean condenadas al pago de las costas procesales.

En Matrice a 10 de diciembre de 2010

Fdo. Alonso Quijano

Documento de la solicitud n° 1

Matrice, a 26 de noviembre de 2010

D.Ricardo Somocurcio, en su calidad de consejero delegado de CASA VERDE OIL CO. autoriza a D. Alonso Quijano para que asuma la defensa jurídica de la CASA VERDE OIL CO., en el procedimiento arbitral a iniciar ante la Corte de Arbitraje de Madrid contra CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA TRANSPORTES S.A.
Lo que hago constar a todos los efectos oportunos.



D. Ricardo Somocurcio
Consejero Delegado de CASA VERDE OIL CO

Documento de la solicitud nº 2

**Transcripción de conversación telefónica entre D Pantaleón Pantoja, de
CANUDOIL SA, y D^a.Julia Urquidi Illanes, de Casa Verde Oil Co**

Martes, 20 Octubre 2010 10:37:00

JULIA – Tenemos un pico de demanda de crudo ligero y dulce que necesitamos cubrir. Necesitaríamos unos ciento ochenta y ocho mil ochocientos barriles (digamos treinta mil metros cúbicos) que pudiesen llegarnos para antes del 30 de octubre. ¿Tenéis algo?

PANTALEÓN - Creo que podemos tener algo para vosotros. Hace unos días fletamos un buque en el que hemos cargado precisamente con esa cantidad de crudo de Paradisia, ya sabes. Es vuestro por Brent menos cero noventa y cinco euros el barril, precio CIF

J - No sé si los costes de transporte justifican el margen. Mira, ya sabes que en los últimos tiempos cada vez firmamos más contratos spot, y que nos gusta trabajar con vosotros. ¿No sé puede hacer nada con el margen?

P - Te aseguro que es lo que hay. Ahora los fletes están subiendo mucho.

J - ¿Y es de buena calidad?

P - ¿Cuándo hemos trabajado nosotros con crudos de baja calidad? Habéis trabajado con nosotros en el pasado ¿no? Y no teníais queja. Además, el crudo que se está obteniendo ahora de Paradisia es estupendo.

J - Bien, entonces así lo dejamos. Ordenaremos el pago cuando recibamos los documentos. Conocimiento de embarque, certificado de calidad y certificado de origen.

P - Correcto. Te envío un *recap* de esta conversación telefónica, y te vamos preparando el contrato, por aquello de las formalidades.



J - Muy bien, muy bien, pero en este caso la cosa urge, así que, cuanto antes recibamos los documentos, antes podemos retirar la carga, y antes cobráis vosotros. El contrato lo podemos terminar de formalizar después.

P - Los recibiréis el próximo 29 de octubre. Tienes mi palabra. Si el contrato no urge tanto, lo preparo para que lo recibáis unos días después. El transporte se realiza con nuestra empresa habitual. La persona de contacto es Antonio Conselheiro, y su e-mail a.conselheiro@svgpfa.alt

J - Correcto. Entonces, quedamos así.

P - Muy bien, hablamos

Documento de la solicitud n° 3

Vodebill 2003 Conocimiento de Embarque C/E núm. E-4371WE Ref. Núm. 32345412			
Cargador: CANUDOS OIL SA		Persona a notificar:	
Destinatario: A la orden de CANUDOS OIL SA Entréguese a: Casa Verde Oil Co. (o a su orden). P.o. Pantaleón Pantoja 		Buque: Ciudad Perros	
		Puerto de carga: Valle Paradiso	
		Puerto de descarga: Zumro "para órdenes"	
Descripción de la mercancía (por el cargador)	Peso	Volumen	Fecha de carga
Crudo Procedente de Paradisia (gravedad API 33°-38°)		30.000 m3	19 Oct 2010
Emitido conforme a, y sujeto a todas las condiciones de la Póliza de Fletamento con fecha: Entre CANUDOS OIL SA (fletador) y SVGPFA Transportes SA (fletante)		Embarcada en el puerto o lugar de carga, en buen estado y condición aparentes, a bordo del buque arriba indicado, para el transporte al puerto de descarga (o tan cerca como pueda llegar con seguridad), la mercancía arriba descrita, peso, medida, calidad, condición, contenido y valor desconocidos.	
Flete pagadero según lo dispuesto en la póliza. Porteador (nombre y dirección): SVG PFA Transportes SA Carretera de Amazonía, km. 89, Mestalia, Altiplania		En testimonio de lo cual el Capitán o Consignatario del Buque ha firmado un único original del Conocimiento de Embarque.	
Fecha y lugar de emisión: 19 de octubre de 2010, Valle Paradiso.		Nombre y firma del Capitán  Cap. Ricardo Arana	

CONDICIONES DEL TRANSPORTE

(1) Incorporación y período de responsabilidad

Todos los términos, condiciones, libertades y excepciones de la Póliza de Fletamento referida en el anverso, incluidos los relativos al derecho de retención de la mercancía, quedan expresamente incorporadas a este conocimiento de embarque. El porteador no será responsable por el daño a la mercancía, cualquiera que sea su causa, que se produzca antes de la recepción y después de la entrega al destinatario, o mientras las mercancías se hallen en poder de otro porteador diferente.

(...)

(5) Resolución de disputas

Cualquier disputa que pueda surgir entre las partes en relación con este conocimiento de embarque se resolverá conforme a lo estipulado en la cláusula 34 de la póliza de fletamento referida en el anverso.

Documento de la solicitud n° 4**ESTELAS TERMINAL MARÍTIMA****ORIGINAL**

Certificado de calidad y cantidad - Set A
Buque tanque: Ciudad Perros
Fecha de carga: 19 de octubre de 2010
Id. carga: C0112

El abajo firmante, la compañía Estelas Certificación SAU, declara que la cantidad total de crudo farsi descrita a continuación fue cargada en el puerto de Valle Paradiso, en la fecha y el buque señalados.

Gravedad API	35,6°
Densidad	0,8578
Agua (KF ASTM D 4928):	0,00 %Vol
Sedimento (por extracción ASTM D 473):	0,00 %Vol
BS & W:	0,13 %Vol
Barriles:	188.805,115

Nombre: Palomino Molero

Firma: _____

Fecha: 19 de octubre de 2010

Estelas Certificación SAU

Oficina registral: Casa del Arpista, Aptdo. de correos 2314, C/Iglesia del Sur – Valle Paradiso, Paradisia

Reg. No. B-342RT54

Documento de la solicitud n° 5**TACNA MARKETING SPA****ORIGINAL****CERTIFICADO DE ORIGEN**

Beneficiario: Casa Verde Oil, Avda. Piura n°56, Ciudad de Repal (Cervantia).

Solicitante: Canudos Oil SA, Avda. Medina n. 311, Ticuta (Andina).

Denominación del producto: petróleo crudo farsi.

Buque:	Ciudad Perros
Fecha del conocimiento de embarque:	19 de octubre de 2010
Puerto de carga:	Valle Paradiso

Por la presente confirmamos que la mercancía descrita efectivamente proceden de la República de Paradisia.

Tacna Marketing SPA: _____ po Zoila de Zavala _____

Documento de la solicitud n° 6
SOLICITUD DE TRANSFERENCIA AL EXTERIOR
CAJA RURAL DE LOS CACHORROS, S.Coop Cto.

ORDENANTE:

Nombre: CASA VERDE OIL CO.

N.IF./C.IF: AB-747894-XX

BENEFICIARIO:

Nombre: CANUDOS OIL S.A.

Domicilio: Avda. Medina, no. 311

Plaza y Provincia/País: Ticuta, Andina

Banco del Beneficiario: BANCO CELTA S.A.

Cuenta: 798X 895X 000X 6X 5670298X

DATOS DE LA TRANSFERENCIA:

DIVISA: euros

IMPORTE (en cifra): 7.878.837,46

IMPORTE (en letra): siete millones ochocientos setenta y ocho mil ochocientos treinta y siete coma cuarenta y seis

Concepto/Observaciones: Pago de compraventa de crudo celebrada el día veinte

País de destino: Andina

Gastos: ☒ OUR (cc ordenante) ☐ BEN (cc beneficiario) ☐ SHA (compartidos)

Fecha, _____
(Firma del ordenante)

Documento de la solicitud nº 7

Fecha: Jue, 21 Oct 2010 10:27:00

A: Antonio Conselheiro <a.conselheiro@svgpfa.alt>

De: Julia Urquidi Illanes<jurquidi@pvoil.cer>

CC: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Instrucciones buque Ciudad Perros

Estimado Sr. Conselheiro.

Me pongo en contacto con ud. siguiendo las indicaciones de D. Pantaleón Pantoja, de la compañía CANUDOIL. En fechas recientes Casa Verde Oil adquirió la mercancía transportada por uds. a bordo del buque Ciudad Perros, que viaja “para órdenes” hacia el Estrecho de Zumro. Se nos ha entregado ya el conocimiento de embarque por uds. emitido (Nº E-4371WE), y firmado por el capitán del buque. Les rogamos den instrucciones a la dotación del buque Ciudad Perros para que se dirijan al puerto de Tarraco (Madre Patria), donde entregarán la mercancía a nuestros operarios.

No dude en contactarme para cualquier comentario o pregunta.

Recibe un cordial saludo.

Julia Urquidi

Casa Verde Oil

Documento de la solicitud nº 8

Fecha: Jue, 21 Oct 2010 13:49:00

A: Julia Urquidi Illanes<jurquidi@pvoil.cer>

De: Antonio Conselheiro <a.conselheiro@svgpfa.alt>

CC: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Re: Instrucciones Buque Ciudad de Perros

Estimada Julia.

Confirmando recepción de las instrucciones enviadas y su ratificación por el fletador del buque, Canudos Oil. Procedemos a instruir al capitán del buque Ciudad Perros (D. Ricardo Arana) para que dirija el buque hacia Tarraco (Madre Patria).

Reciba un cordial saludo.

Antonio Conselheiro

SVA Transportes

Documento de la solicitud n° 9

Fecha: Vie 22 Oct 2010 15:16:00

A: Julia Urquidi Illanes<jurquidi@pvoil.cer>

De: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimada Julia.

De acuerdo con nuestra conversación telefónica de 20 de octubre de 2010, te adjunto al presente correo el documento formal del contrato de compraventa de crudo, para que des tu conformidad y lo firmes.

Recibe un cordial saludo.

Pantaleón Pantoja

CANUDOIL

Documento de la solicitud n° 10

DE: Pantaleón Pantoja, CANUDOIL

A: Julia Urquidi Illanes, Casa Verde

O/Ref : VZ-...

Fecha: 22/10/2010

ESTRICTAMENTE PRIVADO Y CONFIDENCIAL
=====

NOS COMPLACE CONFIRMAR LA SIGUIENTE TRANSACCIÓN CONCLUÍDA
EL 20/10/2010 ENTRE NUESTRAS RESPECTIVAS SOCIEDADES.

1. COMPRADOR

CASA VERDE OIL CO

2. VENDEDOR

CANUDOIL SA

3. PRODUCTO

CRUDO

4. ENVÍO

LA ENTREGA SE CONSIDERARÁ HECHA A TIEMPO SI LA CARGA
COMIENZA DURANTE EL PERIODO DE CARGA.

5. CANTIDAD

[188805,115] BARRILES. TAL COMO FIGURE EN EL CONOCIMIENTO DE
EMBARQUE.

6. CALIDAD

CRUDO FARSI NORMAL PARA LA EXPORTACIÓN CON LAS SIGUIENTES
ESPECIFICACIONES:

<u>ESPECIFICACIÓN</u>	<u>MIN/MAX</u>	<u>MÉTODO</u>
LIGEREZA	29°/32°	API
DULZURA (AZUFRE)	0,45/0,55%	

NO SE CONTEMPLAN GARANTÍAS, CONDICIONES O DECLARACIONES, EXPRESAS O IMPLÍCITAS, EN RELACIÓN CON LA CALIDAD, COMERCIALIZACIÓN, IDONEIDAD O APTITUD PARA CUALESQUIERA USO ESPECÍFICO O DE OTRO TIPO, MÁS ALLÁ DE LA DESCRIPCIÓN DEL CRUDO Y LAS ESPECIFICACIONES CONTENIDAS EN EL PRESENTE CONTRATO.

7. PRECIO

BRENT – 0,95 EUROS, TOMANDO COMO REFERENCIA EL PRECIO DEL BRENT A DÍA 20 DE NOVIEMBRE DE 2010

8. DOCUMENTOS

EL VENDEDOR ENTREGARÁ AL COMPRADOR UN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE EN EL QUE FIGURE LA INFORMACIÓN PRECISA SOBRE LA MERCANCÍA CARGADA, Y EN CUALQUIER CASO ADECUADO PARA LA RECEPCIÓN DE LA MERCANCÍA A LA DESCARGA.

ASIMISMO, EL VENDEDOR DEBERÁ PROPORCIONAR UN CERTIFICADO DE ORIGEN Y UN CERTIFICADO DE CALIDAD EMITIDO POR UNA ENTIDAD INDEPENDIENTE DE RECONOCIDO PRESTIGIO, QUE ACREDITEN EL CUMPLIMIENTO DE LO PACTADO EN ESTE CONTRATO.

[...]

20. ARBITRAJE DE CALIDAD

CUALQUIER DISPUTA O CONTROVERSIA SURGIDA ENTRE LAS PARTES EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA CALIDAD DEL CRUDO DEBERÁ RESOLVERSE MEDIANTE RECURSO A ARBITRAJE DE CALIDAD, SOMETIDO A LA DETERMINACIÓN DE UN EXPERTO ELEGIDO DE COMÚN ACUERDO POR LAS DOS PARTES, Y SOMETIDO A LAS REGLAS DEL INSTITUTO.

ELLO NO SUPONDRÁ, EN NINGÚN CASO, LA RENUNCIA POR LAS PARTES AL RECURSO A OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN LA MEDIDA EN QUE SE TRATE DE PRESERVAR LOS DERECHOS DE LAS MISMAS

Documento de la solicitud n° 11

Fecha: Lun, 25 Oct 2010 11:35:00

A: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

De: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimado Pantaleón.

He examinado el contrato, y está conforme. Sin embargo, debe haber habido un error en la redacción de las calidades. Nosotros os pedimos crudo ligero y dulce, como la vez anterior que habíamos contratado. Es decir, con gravedad API en torno a 38°-33°. El documento habla de 29°-32°. Se os habrá pasado. Te ruego que corrijas la errata y me lo vuelvas a enviar para su firma.

Un saludo.

Julia Urquidi Illanes

Casa Verde Oil

Documento de la solicitud n° 12

Fecha: Lun, 25 Oct 2010 16:49:00
A: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>
De: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimada Julia.

Me complace informarte de que el buque Ciudad Perros sigue su curso sin problemas, y llegará a su destino en la fecha prevista, el 29 de octubre de 2010.

En cuanto al supuesto “error”, no hay tal. Las medidas de gravedad API son las normales para el crudo que negociamos proveniente de los campos petrolíferos en el desierto de Hircania. Hasta ahora, como comentamos por teléfono, las operaciones que hemos cerrado han sido un éxito, y es un crudo que no está dando ningún tipo de problemas. Espero que esto resuelva tu duda

Recibe un cordial saludo

Pantaleón Pantoja

CANUDOIL

Documento de la solicitud nº 13

Fecha: Lun 25 Oct 2010 18:35:00

A: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

De: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimado Pantaleón.

Me temo que no ha habido ningún error. El crudo que pedimos se supone que venía de los campos petrolíferos del golfo de Farsia, no de Hircania, ni de ningún otro lugar remoto. Si no, no hubiésemos aceptado un precio con el margen que pusisteis. De hecho, así lo corroboran el conocimiento de embarque, certificado de calidad y certificado de origen que nos enviasteis, y que te envió escaneados como documentos adjuntos al presente correo, para que lo compruebes por ti mismo. Espero que os sea posible arreglar este lamentable error, y que el crudo que está llegando a puerto sea, efectivamente, el que pedimos, y no el que me dices en tus correos. Te habrás despistado, no pasa nada y no diremos nada. Tan sólo arréglalo, por favor.

Un saludo.

Julia Urquidi Illanes

Casa Verde Oil

Documento de la solicitud n° 14

Fecha: Mie 27 Oct 2010 15:17:00
A: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>
De: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimada Julia.

En efecto hubo un error, y te pido disculpas por ello. Parece ser que el inspector encargado de elaborar el certificado de calidad en el puerto de origen confundió la muestra con la de la carga de otro buque que estaba inspeccionando, y el capitán copió directamente la información en el conocimiento de embarque. En cuanto al certificado de origen, claramente dice "Paradisía", lo que incluye tanto el golfo de Farsia como el desierto de Hircania.

En todo caso, tuvimos ocasión de hablar con el *trader* que negoció la otra partida de crudo, para saber por qué no había sonado la alarma. Nos informó que, ciertamente, los documentos no se correspondían con lo exigido en el crédito documentario. No obstante, habían llamado al comprador y todo se resolvió satisfactoriamente. Asimismo, nos informó de que, con tan poca diferencia, cualquiera podría haberse confundido. En todo caso, disculpa, y esperamos que esto resuelva definitivamente el malentendido.

Un saludo.

Pantaleón Pantoja

CANUDOIL

Documento de la solicitud nº 15

Fecha: Vie 29 Oct 2010 21:36:00
A: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>
De: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>
Cc: Antonio Conselheiro <a.conselheiro@svgpfa.alt>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimado Pantaleón, estimado Antonio.

Os escribo en relación con el asunto de referencia, después de que el buque Ciudad Perros haya llegado a puerto.

Como, después de tanta contradicción, errores y correcciones no nos aclarábamos ni nosotros sobre lo que queráis vendernos decidimos esperar a la inspección de la carga en destino. El resultado de dicha inspección se encuentra en el informe que te adjunto escaneado.

En el informe se establece, claramente, que el crudo contenido en las bodegas del buque posee una gravedad API de 31°, lo que, claramente, se encuentra fuera del rango que nosotros habíamos encargado, que era el mismo que habíamos acordado siempre con vosotros. Nosotros siempre hablamos de crudo ligero, no pesado. Ello supone que, además de habernos enviado un crudo no conforme, los documentos también eran incorrectos.

Asimismo, la inspección reveló que una parte muy significativa de la carga se encontraba contaminada por agua de mar; aparentemente como resultado de una mala operación de limpieza antes de la carga en origen.

Como podrás entender, nada de esto es serio y profesional. En el sector del crudo transamos con pocas variables, pero esas tienen que estar todas bien, porque tienes que tomar decisiones rápidas. Lamento comunicaros que, en estas condiciones, no podemos hacernos cargo de la partida de crudo que nos habéis enviado. Hemos dispuesto las medidas oportunas para su almacenamiento en Tarraco (Madre Patria), donde queda a vuestra disposición para que lo retiréis en cuanto nos hayáis devuelto el precio de compra.

Desconozco si la adulteración del crudo o la redacción de los documentos son exclusivamente cosa vuestra, y por eso pongo a A. Conselheiro, de la empresa transportista, en copia del presente correo. No obstante, sois igualmente responsables, porque cada cual debe saber con quién contrata y además ambas cosas afectan a vuestras obligaciones. Os informaremos a ambos de la medida específica de perjuicio económico para que informéis a vuestro departamento de pagos.

Julia Urquidi Illanes

Casa Verde Oil

Documento de la solicitud n° 16**LITUMA INSPECCIONES SRL****CERTIFICADO DE INSPECCIÓN DE CARGA**

El abajo firmante certifica que, realizada la inspección de la carga transportada por el buque "Ciudad Perros" a su llegada al puerto de Tarraco en la fecha abajo consignada, el resultado obtenido fue el siguiente:

Carga:	Petróleo crudo
Gravedad API	31°
Densidad	0,8708

Las muestras tomadas de cuatro de los tanques de carga (12.000 m3) revelan contaminación por agua salda en una proporción del 8%

Nombre: Adrián Nieves

Firma: _____

Fecha: 29 de octubre de 2010

Documento de la solicitud nº 17

Fecha: Mar 9 Nov 2010 12:43:00
A: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>
De: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>
Cc: Antonio Conselheiro <a.conselheiro@svgpfa.alt>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimado Pantaleón, estimado Antonio.

Os informo de que el cargamento de crudo sigue a disposición de CANUDOIL, para cuando decidáis retirarlo, previa devolución del precio.

Asimismo, os informo en nombre de Casa Verde Oil de que, como resultado de vuestra mala gestión de la presente operación, debimos proceder a realizar una compraventa de reemplazo en el mercado spot, de 188.805,115 barriles, a un precio unitario de Brent - 1,54. Ello supuso un precio total de 8.320.641,43 euros; esto es, 441.803,97 euros más que en el contrato que firmamos con vosotros en su día. Adjuntamos el contrato como prueba.

Como es lógico, os corresponde satisfacer esta diferencia como daños y perjuicios derivados del incumplimiento de vuestras obligaciones; y esperamos vuestra respuesta para ponernos de acuerdo en las condiciones de pago. Naturalmente, como es lógico, nos reservamos la posibilidad de ejercitar las acciones legales oportunas.

Un saludo.

Julia Urquidi Illanes

Casa Verde Oil

Documento de la solicitud nº 18

DE: Urania Cabral, Leonidas OIL
A: Julia Urquidi Illanes, Casa Verde OIL

O/Ref : VZ-...
Fecha: 08/11/2010

ESTRICTAMENTE PRIVADO Y CONFIDENCIAL
=====

NOS COMPLACE CONFIRMAR LA SIGUIENTE TRANSACCIÓN CONCLUÍDA
EL 05/11/2010 ENTRE NUESTRAS RESPECTIVAS SOCIEDADES.

1. COMPRADOR

CASA VERDE S.A.

2. VENDEDOR

LEONIDAS OIL

3. PRODUCTO

CRUDO

[...]

5. CANTIDAD

[188805,115] BARRILES. TAL COMO FIGURE EN EL CONOCIMIENTO DE
EMBARQUE.

6. CALIDAD

CRUDO FARSI NORMAL PARA LA EXPORTACIÓN CON LAS SIGUIENTES
ESPECIFICACIONES:

<u>ESPECIFICACIÓN</u>	<u>MIN/MAX</u>	<u>MÉTODO</u>
LIGEREZA	35°	API
DULZURA (AZUFRE)	0,5%	

7. PRECIO

BRENT – 1,54 EUROS, TOMANDO COMO REFERENCIA EL PRECIO DEL
BRENT DEL DÍA 5 DE NOVIEMBRE DE 2010

Documento de la solicitud n° 19**PÓLIZA DE FLETAMENTO POR VIAJE DE BUQUE TANQUE
ALATANKERVOY 87****Lugar Mestalia Fecha 7/10/2010**

QUEDA EN EL DÍA DE HOY ACORDADO entre SVGPFA Transportes SA, como propietario y armador (en adelante “fletante”) del buque tanque de motor llamado “Ciudad Perros” (en adelante “el buque”), con pabellón de Altiplania, y CANUDOS OIL SA (en adelante “fletador”) que el transporte aquí previsto será realizado conforme a los términos y condiciones de esta Póliza de Fletamento que incluye la Parte I y la Parte II. En caso de conflicto entre las disposiciones de la Parte I y las de la Parte II prevalecerán las primeras.

Parte I**(A) Descripción del buque:**

- (i) Clase: buque tanque
- (ii) Desplazamiento: 40,043 toneladas de agua salada.
- (iii) Eslora total: 178 metros.
- (iv) Manga máxima: 29,8 metros.
- (v) Capacidad: treinta mil (30.000) metros cúbicos (al 98%).
- (vi) Ha transportado o transportará las siguientes cargas antes del comienzo de este Fletamento:
 - a. Ultimo viaje: petroleo crudo
 - b. Penúltimo viaje: gasoil
 - c. Antepenúltimo viaje: gasoil
- (vii) Completamente equipado con sistema térmico en todos los tanques de carga y capaz de mantener la carga en todo momento a una temperatura máxima de 60°C, con una temperatura del agua marina mínima de 7°C.
- (viii) Siempre que las instalaciones de tierra lo permitan, capaz de mantener una presión de 100 PSI en los colectores del buque, o de descargar la carga completa en menos de 24 horas. Si se realizan operaciones de COW el tiempo máximo adicional para la descarga de la carga completa será de otras 24 horas (ver Cláusula 11.b).
- (ix) A bordo todos los documentos y certificados requeridos por cualquier ley en vigor en la fecha de esta Póliza para la realización del servicio acordado.
- (x) Equipado con 12 grúas, cada una con una capacidad máxima de carga segura de 3 toneladas para el levantamiento de mangueras o tuberías marinas a los colectores de babor y estribor del buque.
- (xi) Con revestimiento interior de los tanques adecuado para el transporte de carga líquida consistente en petróleo o crudo, productos derivados o sustancias de análoga naturaleza.
- (xii) Equipado con un Sistema de Gas Inerte plenamente operativo y conforme con las disposiciones del Protocolo de 1978 del Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar en versión aplicable en cualquiera de los lugares o áreas a los que el buque pueda ser dirigido bajo esta Póliza.

(B) Situación del buque:

Fecha esperada de alistamiento para la carga:

Compromisos previos al presente Fletamento:

(C) Descripción de la carga:

Crudo o productos derivados, a opción del fletador.

La carga no podrá ser cargada a una temperatura superior a 60°C.

(D) Área o puertos de carga y descarga:

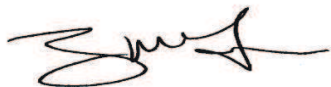
A opción del fletador, siempre en la costa de PARADISIA para la carga, y dentro de la región de AREPA para la descarga.

(...)

En testimonio de lo cual el fletante y el fletador han concluido esta Póliza de Fletamento, que incluye un preámbulo, la Parte I y la Parte II, a ser ejecutada en la fecha arriba señalada

Por el fletante

Por el fletador



D. Antonio Conselheiro
SVGPFA Transportes SA
Carretera de Amazonía, km. 89
Mestalia, Altiplania



D. Pantaleón Pantoja
CANUDOS OIL SA
Avda. Medina, no. 311
Ticuta, Andina

Parte II

(...)

Limpieza

5. (a) El capitán ejercerá la debida diligencia para mantener los tanques, tuberías, bombas y colectores de buque en el estado adecuado para la carga descrita en la Parte I, letra (C).
- (b) El fletador podrá nombrar un representante a bordo del buque en cualquier puerto de carga o descarga y el fletante deberá cooperar para facilitar su inspección del buque o la observación de las operaciones de carga o descarga.
- (c) El fletador podrá solicitar una inspección de los tanques del buque en el puerto de carga o descarga para comprobar la cantidad o calidad de la carga, el agua o residuos a bordo. La despresurización de los tanques para mantener el espacio vacío será realizada de acuerdo con la última edición de la Guía Internacional de Seguridad para Buques Tanque y Terminales. El fletador podrá también inspeccionar y tomar muestras de los depósitos de combustible y otros espacios no destinados a la carga. Cualquier retraso del buque causado por cualquier inspección, medida o toma de muestras descrita, o asociado a la despresurización y represurización de los tanques contará como tiempo de plancha o de demora, si el buque incurre en demora.

(...)

Carga y descarga

11. (a) No podrá ser cargada ninguna carga que pueda causar daños al buque.
La carga será cargada en el buque por cuenta y riesgo del fletador hasta la conexión con los colectores permanentes del buque.
Las mangueras y tuberías para la carga y la descarga serán proporcionadas por el fletador, y conectadas a los colectores por el fletador o, a opción del fletador, por el fletante pero en representación, por cuenta y riesgo del fletador.
- (b) Si el buque está equipado con un sistema COW el capitán organizará la limpieza a solicitud del fletador o de cualquier autoridad competente, que deberá ser realizada al mismo tiempo que las operaciones de carga. Cualquier tiempo adicional necesario por causa de las operaciones de COW será contado como tiempo empleado en la descarga, excepto la pérdida de tiempo causada por el mal funcionamiento del sistema COW.
- (c) Si el buque no cuenta con un sistema COW las operaciones de limpieza de crudo serán realizadas por cualquier método eficaz por cuenta y riesgo del fletador. A estos efectos, el fletador podrá organizar por sí mismo las operaciones o, a solicitud del fletador, las mismas serán organizadas o realizadas por el fletante en representación y por cuenta y riesgo del fletador.

(...)

Conocimientos de embarque

31. Sin perjuicio de todas las disposiciones de esta Póliza de Fletamento, el capitán del buque firmará los conocimientos de embarque que sean presentados o solicitados por el fletador. El fletador deberá indemnizar al fletante por cualquier responsabilidad o gasto en que pueda incurrir por causa de la emisión de conocimientos de embarque, en la medida en que sus términos supongan la modificación de las condiciones de esta Póliza de Fletamento en perjuicio del fletante.

(...)

Resolución de disputas

34. Cualquier disputa que pueda surgir en relación con esta Póliza de Fletamento se resolverá mediante arbitraje por un tribunal constituido por tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid. La sede del arbitraje se determinará conforme a lo establecido en las Condiciones Generales del fletante. El idioma del arbitraje será el español.

(...)

Condiciones Generales

43. Quedan incorporadas a esta Póliza de Fletamento las Condiciones Generales del Fletante. En caso de contradicción entre esta Póliza de Fletamento y las Condiciones Generales prevalecerá lo dispuesto en la primera.

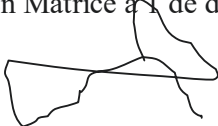
Documento de la solicitud nº 20

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D. XXX DECLARA:

1. Que **ACEPTO** actuar como árbitro en el procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (en adelante “la Corte”) entre CASA VERDE OIL Co y CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA TRANSPORTES S.A.
2. Que **CONOZCO** el vigente Reglamento de la Corte y, en particular sus artículos 11, 12 y 13.
3. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos de dicho Reglamento y acepto ser remunerado de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 47.
4. Que **POSEO** las calificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la Corte y no estoy impedido de *iure* o *de facto* para el ejercicio de mis funciones como árbitro.
5. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 11 del Reglamento de la Corte.
6. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 1 de diciembre de 2010



Firma del Árbitro

Documento de la solicitud n° 21

Extracto de las condiciones generales de SVGPFA TRANSPORTES S.A.:

[...]

CLÁUSULA 57. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Cualesquiera disputas que puedan surgir entre las partes en un contrato al que sean aplicables las presentes Condiciones Generales serán resueltas ante un tribunal judicial o arbitral, según corresponda, situado en el país en el que SVGPFA Transportes tenga, en el momento de la firma del contrato, su domicilio.

Documento de la solicitud nº 22

**Constancia de pago de los derechos de admisión y administración de la Corte de
las provisiones de fondos de honorarios de los árbitros**

*Documento de transferencia a la cuenta corriente de la Corte de Arbitraje de
Madrid la cantidad de xxxxxxxxxx € euros, en concepto de las provisiones de fondos
procedentes para la tramitación del presente arbitraje*



CARTA A ENVIAR POR COURIER

Matrice, 7 de diciembre de 2010

A: **CANUDOS OIL S.A.**
Avda. Toloso, no. 311,
Ticuta, Andina

SVGPFA TRANSPORTES S.A.
Carretera de Molinera, km. 89,
Mestalia, Altiplania

Ref. Arb 81/2010

Muy Sres. nuestros:

Hemos recibido de la sociedad CASA VERDE OIL Co. la solicitud de someter a arbitraje las diferencias surgidas entre Vds., copia de la cual les acompañamos.

En consonancia con el artículo 6.1 del citado Reglamento (del que adjuntamos un ejemplar), les rogamos que en el plazo de **15 días naturales** sometan a esta Secretaría su respuesta a la solicitud de arbitraje alegando todo aquello que consideren necesario para la mejor defensa de sus intereses.

Igualmente, deberán aportar la oportuna provisión de fondos mediante transferencia bancaria (CAJA MADRID 2038 5903 23 6000071068 Concepto: Moot Madrid (GMI1).), adjuntando justificante de dicha transferencia con su respuesta a la solicitud, Ref. Arb. 81/2010. En nuestra página web www.cortearbitrajemadrid.es tenemos disponible un calculador de aranceles que esperamos les sea de utilidad.

La Corte de Arbitraje de Madrid, consciente del relevante y creciente papel que juegan las tecnologías de la información en la optimización de la resolución de conflictos comerciales, ha puesto en marcha desde el 1 de julio de 2010 TAO-OAM, un servicio que permite que los arbitrajes sean administrados y consultados online. TAO-OAM es un sistema de tramitación de arbitrajes voluntario que únicamente será utilizado por la Corte de arbitraje de Madrid en caso de que ambas partes estén de acuerdo. Por ello les rogamos que en el mismo plazo de 15 comuniquen a la Corte si están interesados en que se utilice este sistema en la tramitación del arbitraje del que son parte.

Asimismo, se le informa de que la administración de este arbitraje será tramitada por D. David Ramos y Dña. Tatiana Arroyo (mootmadrid@uc3m.es) a los que rogamos copien en todas sus comunicaciones y a quienes pueden dirigir cualquier duda jurídica.

En espera de sus noticias, les saluda atentamente,

**Corte de Arbitraje de Madrid: Solicitud de Arbitraje
CASA VERDE OIL CO v.s. CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA
TRANSPORTES S.A.
ARBITRAJE N° 81/2010**

Dña. Aldonza Lorenzo, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad CANUDOIL S.A. (en adelante, CANUDOIL) formula, dentro del plazo conferido a tal fin y de conformidad con el artículo 6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE

1. CANUDOS OIL S.A, con el nombre comercial CANUDOIL (en adelante, CANUDOIL) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en en Avda. Medina, no. 311, Ticuta, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (39) 567 96 45 33, (39) 567 89 45 34 e info@canudoil.an.
2. En el presente procedimiento, CANUDOIL se encontrará representada por Sra. Dña. Aldonza Lorenzo, con domicilio en Calle Haldudo, no. 31 Ticuta, Andina, tel. (77) 239 45 77, fax (77) 239 45 78, correo electrónico a.lorenzo@abogados.an y sus datos de contacto coinciden con los de CANUDOIL. Se acredita la representación mediante el DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 1.

II. BREVES ALEGACIONES SOBRE LA DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

Ausencia de falta de conformidad y de incumplimiento esencial del contrato de compraventa

3. CANUDOIL niega que hubiera asumido la obligación de entregar el tipo de petróleo identificado por Casa Verde Oil. Casa Verde Oil conocía sobradamente que CANUDOIL ofrecía petróleo no sólo de la zona de Farsia, sino además más recientemente también del desierto de Hircania, como refleja el extracto de información publicitaria enviada por CANUDOIL a Casa Verde Oil en fecha 03/07/2010 (DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 2). Asimismo, CANUDOIL ofreció y Casa Verde Oil aceptó adquirir petróleo de la

segunda zona indicada, tal como refleja la recapitulación posterior de la conversación telefónica enviada por correo electrónico por D. Pantaleón Pantoja a D^a Julia Urquidi en fecha 21/10/2010 (DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 3).

4. La cuestión, en todo caso, debería ser menor, ya que el motivo para ofrecer crudo del habitualmente negociado por CANUDOIL (procedente del desierto de Hircania) posee una calidad muy similar, y un precio inferior al de la zona de Farsia. La supuesta diferencia de calidad es irrelevante en el momento en que el crudo se somete al proceso de refinado, sin que quepa hablar de una diferencia en coste significativa, siendo el resultado de los productos finales o derivados del petróleo de casi igual calidad.
5. Tales hechos claramente demuestran que no habría un incumplimiento del contrato. Aún de haberse acordado la adquisición de petróleo de la zona de Farsia la cuestión relevante residía en la adquisición de crudo ligero y dulce, características con las que, de acuerdo con el estándar de mercado, el crudo entregado cumplía perfectamente; de modo que la negativa a recibir el crudo y su almacenaje constituyen una reacción absolutamente desproporcionada, extremos todos que CANUDOIL, a través de D. Pantaleón Pantoja, le hizo saber a D^a Julia Urquidi Illanes en correo electrónico de 03/11/2010 (DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 4).

Ausencia del derecho de Casa Verde Oil a percibir daños y perjuicios por incumplimiento documentario.

6. CANUDOIL considera que la discrepancia documentaria trae causa de un incidente ajeno a su esfera de control, como es el hecho de que el certificado de calidad empleado para la emisión de los restantes documentos de origen y transporte se correspondiese con el cargamento de un buque distinto del buque Ciudad Perros. El certificado de calidad fue emitido por la entidad certificadora Estelas Certificación SAU, empresa de reconocido prestigio en el mercado de los servicios que presta, y ajena a CANUDOIL y su organización. La empresa certificadora emitió dos certificados de calidad de dos buques distintos cuyas operaciones de carga estaban llamadas a iniciarse en el mismo momento y fue dicha entidad la que confundió por error la información al ser incluida en cada uno de los certificados.
7. Los restantes documentos de transporte –el conocimiento de embarque y el certificado de origen- fueron redactados y emitidos a posteriori y en base al certificado de calidad erróneamente redactado, lo cual, repetimos, debe entenderse justificado y en cualquier caso no imputable a la conducta de CANUDOIL.
8. Adicionalmente, debe aclararse que los daños pretendidamente derivados del alegado incumplimiento documentario por parte de CANUDOIL son inexistentes, pues las circunstancias descritas en ningún momento impidieron que CANUDOIL cumpliera con su obligación de entrega de mercancía conforme con el contrato de compraventa en el momento de la transmisión del riesgo y en condiciones adecuadas para que Casa Verde Oil procediese a su recepción en el puerto de destino.

Ausencia del derecho de Casa Verde Oil a percibir daños y perjuicios de CANUDOIL por adulteración de la mercancía por agua salada

9. CANUDOIL en ningún caso es responsable de la adulteración del crudo, ni debe indemnizar a Casa Verde Oil por la cantidad de crudo adulterado. El momento en que aconteció el hecho que ocasionó la adulteración del petróleo tuvo lugar una vez transmitido el riesgo a Casa Verde Oil, conforme a los términos del contrato celebrado entre ambas. En todo caso, la solución si se entrega una partida de crudo contaminada por agua es la de limpiar y filtrar el crudo, operación en absoluto costosa ni gravosa. Rechazar la partida por este u otro motivo similar resulta una reacción absolutamente desproporcionada.

Resolución oportunista del contrato de compraventa

10. Considerando la falta de justificación de la reacción de Casa Verde Oil, si se desea lograr una explicación para su comportamiento se puede encontrar en los acontecimientos acaecidos entre las fechas 20/10/2010 y 03/11/2010, que sacudieron a los mercados de crudo internacionales. Ya entre abril y mayo de 2010 los precios habían sufrido oscilaciones abruptas motivadas por el anuncio, por parte de Paradisia, de ensayos militares con misiles de largo alcance. Además de en un alza brusca, ello se tradujo en una mayor volatilidad de los precios.
11. En este contexto, y cuando todavía no había finalizado el transporte de la mercancía, comenzó a difundirse en los mercados internacionales el rumor de que el crudo procedente de las últimas extracciones del golfo de Farsia (Paradisía) poseía una elevada concentración de mercurio, así como un nivel de azufre superior al estimado por los mercados. El transcurso de los acontecimientos, el papel de la rumorología, y su influencia en los precios, quedan reflejados en la sucesión de extractos de prensa entre los días 21/10/2010 y 04/11/2010, incluidos como documento de prueba (DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 5). Ello ocasionó una bajada continuada del precio del crudo, que culmina, aproximadamente, en torno al 29/10/2010, como refleja la tabla de precios de referencia (DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 6) de modo prácticamente contemporáneo a la decisión de Casa Verde Oil de resolver el contrato de compraventa. Resulta interesante señalar que los tests realizados por parte de las autoridades de Paradisia revelaron lo infundado de los rumores; pero es que, además, reflejaron un nivel de azufre inferior a lo esperado para el crudo del desierto de Hircania, confirmando la impresión de CANUDOIL sobre la calidad del mismo.

Inexistencia de daños y perjuicios por transacción de reemplazo

12. La cuestión del oportunismo se agrava si tenemos en cuenta la posterior petición de daños y perjuicios, basada en la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la transacción sustitutiva. Mientras Casa Verde Oil alega que dichos

daños deben calcularse con respecto al contrato suscrito en fecha 05/11/2010, las demandadas han tenido acceso a información que demuestra que, en fecha 28/10/2010 Casa Verde Oil adquirió una partida de 188.805,115 barriles de crudo de Sumaria, como demuestra la declaración del testigo D. Santiago Zavala, de la compañía de transportes La Catedral Corp, filial por otro lado de SVA Transportes (DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 7).

III. OPOSICIÓN AL ARBITRAJE

13. CANUDOIL considera que la cláusula de resolución de disputas por la que debería dirimirse la controversia es la prevista en la cláusula 20 del Contrato de compraventa (DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 10), y por ello el tribunal arbitral debería declararse incompetente para resolver sobre la misma.
14. En ningún caso puede considerarse que la cláusula de la póliza de fletamento tiene fuerza vinculante frente a CANUDOIL, menos aún para hacer valer derechos y obligaciones nacidas del contrato de compraventa.
15. Aun cuando la demandada rechaza la competencia del tribunal arbitral, designa conjuntamente con SVA Transportes a D. YYY como árbitro para conocer de la presente disputa. Se acompaña como DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 11 su declaración de independencia e imparcialidad.

IV. TRAMITACIÓN DEL ARBITRAJE ONLINE

16. CANUDOIL no reconoce la competencia de la Corte de Arbitraje de Madrid para la tramitación del presente arbitraje. Por ello tampoco está de acuerdo en que se utilice el sistema en la tramitación del arbitraje online que les ha sido propuesto.

V. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

17. CANUDOIL solicita al Tribunal Arbitral:
 - Que se declare incompetente para conocer del presente arbitraje.
 - Que en caso de declararse competente, declare que CANUDOIL cumplió con su obligación de entrega de mercancía conforme, tal como fue pactado en el contrato.
 - Que, en caso de considerar que la obligación de entrega bajo el contrato de compraventa fue efectivamente incumplida, declare que la falta de conformidad de la mercancía entregada no constituye incumplimiento esencial en los términos de la legislación aplicable, y por tanto no justifica la resolución del contrato.
 - Que declare que CANUDOIL no debe indemnizar en cuantía alguna por falta de conformidad documentaria.
 - Que condene a la parte demandante al pago de las costas procesales.

Mestalia, a 17 de diciembre de 2010

Fdo. Dña. Aldonza Lorenzo

Representante legal CANUDOS OIL S.A.

**Corte de Arbitraje de Madrid: Solicitud de Arbitraje
CASA VERDE OIL Co v.s. CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA
TRANSPORTES S.A.
ARBITRAJE N° 81/2010**

Dña. Aldonza Lorenzo, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad SVGPFA S.A. (en adelante, SVA Transportes) formula, dentro del plazo conferido a tal fin y de conformidad con el artículo 6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid

RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE

1. SVGPFA Transportes S.A., con el nombre comercial SVA Transportes (en adelante, SVA Transportes) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Altiplania con domicilio social en carretera de Amazonía, km. 89, Mestalia, Altiplania. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (221) 879 25 91, (221) 879 25 92 e info@svatransportes.alt.

2. SVGPFA S.A. actuará también bajo la representación de la Sra. Dña. Aldonza Lorenzo, con domicilio en Calle Haldudo, no. 31 Ticuta, Andina, tel. (77) 239 45 77, fax (77) 239 45 78, correo electrónico a.lorenzo@abogados.an y sus datos de contacto coincidentes con los de CANUDOIL. Se acredita la representación mediante el DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 1.

II. ADICIONALES ALEGACIONES SOBRE LA DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

Falta de correspondencia entre la descripción del conocimiento de embarque y la naturaleza y condición real de la mercancía, así como inexistencia del incumplimiento del deber de introducir reservas

3. SVA Transportes se remite a lo aludido por CANUDOIL en su respuesta de solicitud de demanda respecto del incidente acontecido en momento anterior a la emisión del conocimiento de embarque.

4. SVA Transportes confirma respecto de lo indicado por CANUDOIL que SVA Transportes en nada intervino en la emisión del certificado de calidad. Sus empleados confiaron plenamente en el contenido del certificado de calidad y tomaron los datos en él incorporados a efectos de emitir el conocimiento de embarque. Así y todo, en el conocimiento de embarque figura impresa una advertencia conforme a la cual, además

de quedar especificado que la información incluida fue facilitada por el cargador, el porteador expresamente declara que no asume la veracidad de los datos consignados sobre la mercancía. No existía indicio para dudar de la veracidad de los datos reflejados en el certificado de calidad. El actuar de SVA Transportes fue diligente en todo momento y en ningún caso existieron razones fundadas para incluir mayores reservas o modificaciones específicas en el conocimiento de embarque, que fue redactado conforme a las indicaciones de CANUDOIL

Cumplimiento por parte de SVA Transportes de su obligación de transportar

5. La obligación asumida por SVA Transportes bajo el contrato de transporte comprendía el transporte de la mercancía entregada por CANUDOIL en origen para su entrega al destinatario legitimado mediante la presentación del conocimiento de embarque emitido. Sin perjuicio de la falta de exacta correspondencia entre la información incluida en el señalado documento y la mercancía finalmente entregada, ha quedado constancia de que tal mercancía fue la efectivamente recibida en el puerto de Tarraco (situado en Madre Patria), y en dicha medida SVA Transportes cumplió con su obligación de transporte.

Ausencia de responsabilidad de SVA Transportes por los daños alegadamente sufridos por la mercancía durante el transporte

6. Adicionalmente, SVA Transportes considera que no es responsable por los daños derivados por la adulteración de 40/100 del crudo alegada por Casa Verde Oil. Es cierto que cuatro tanques de petróleo sufrieron la adulteración por agua de mar. Es también cierto, como sugiere la demandante, que tal adulteración es más que probable que se debiese a una indebida o incorrecta ejecución de la operación de limpieza de los cuatro tanques afectados antes de iniciar la operación de carga del petróleo. No obstante, conforme a la póliza de fletamento firmada por SVA Transportes con CANUDOIL (y cuyas condiciones han sido expresamente incorporadas en el conocimiento de embarque, DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N°3), SVA Transportes asumió la obligación de poner a disposición de CANUDOIL el buque en el puerto por éste designado. A partir de dicho instante, CANUDOIL debía procurar la limpieza de los tanques para realizar posteriormente las operaciones de carga para la recepción de la mercancía a bordo del buque (cláusula 11 de la póliza de fletamento, DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 19). Para la ejecución de tales operaciones el fletador recurrió a la asistencia de mi representada y su agente consignatario en puerto, pero ambas actuaron en la organización de las operaciones de limpieza por cuenta y riesgo del fletador, tal como por otra parte prevé la póliza de fletamento y refleja el Diario de Navegación (DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N°8). Por lo demás, el buque Ciudad Perros presentaba en el momento de la puesta a disposición y el inicio de las operaciones de carga, y mantuvo durante todo el trayecto, un estado adecuado para la navegación y el transporte, tal como por otro lado refleja la documentación del buque (DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 9). Todas estas circunstancias fueron hechas saber a Dña. Julia Urquidi por parte de mi representada de forma oportuna (DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA

SOLICITUD N°10). Siendo todo esto así, nuevamente, la señalada adulteración del crudo transportado no puede ser imputada a SVA Transportes, por no mediar incumplimiento alguno de sus obligaciones.

III. OPOSICIÓN AL ARBITRAJE

7. La disputa descrita por la Demandante trae causa de un contrato de compraventa de crudo del cual SVA Transportes no forma parte; por tanto, dicha disputa se halla fuera del ámbito del convenio arbitral ubicado en la cláusula 34 de la póliza de fletamento entre SVA Transportes y CANUDOIL e invocada por la parte Demandante como base de la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

8. Asimismo, y aun en el caso que el Tribunal Arbitral se considerara competente para resolver la disputa entre SVA Transportes y Casa Verde Oil, SVA Transportes considera que no es válida la elección de sede distinta a la sede fijada conforme a lo establecido en las Condiciones Generales de SVGPFA Transportes S.A., (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 21**), la cláusula 34 del contrato de fletamento (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 19**) y de conformidad a la remisión específicamente realizada en la cláusula 5 del conocimiento de embarque (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3**), en el que Casa Verde Oil basa sus derechos.

9. Por tal motivo, SVA Transportes considera que el Tribunal Arbitral debería fijar Altiplania como lugar del arbitraje.

10. Aun cuando la demandada cuestiona la competencia del tribunal arbitral, designa conjuntamente con CANUDOIL a D. YYY como árbitro para conocer de la presente disputa. Se acompaña como **DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 11** su declaración de independencia e imparcialidad.

IV. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

11. SVA Transportes solicita al tribunal arbitral:

- Que se declare incompetente para conocer de la presente controversia entre SVA Transportes y Casa Verde Oil.
- Que, de declararse competente, rechace la petición de Casa Verde Oil de fijar el lugar del arbitraje en Matrice.
- Que se declare que SVA Transportes no es responsable por la falta de correspondencia de la información incluida en el conocimiento de embarque emitido y las características de la mercancía efectivamente recibida y transportada, pues en la redacción de dicho documento actuó en el correcto cumplimiento de sus deberes.

- Que, con independencia de lo anterior, declare que SVA Transportes cumplió con su obligación de transportar, pues entregó en destino la misma mercancía que recibió en origen.
- Que declare que SVA Transportes no es responsable de los daños derivados de la adulteración de cuatro tanques de crudo con agua de mar, pues tales daños se deben en cualquier caso a la defectuosa limpieza de los tanques, no imputable a SVA Transportes.

Mestalia, 17 de diciembre de 2010

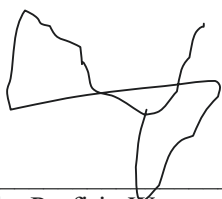
Fdo. Dña. Aldonza Lorenzo

Representante legal de SVGPFA Transportes, S.A.

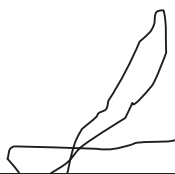
Documento de respuesta a la solicitud n° 1

D. Porfirio Wong, en su calidad de consejero delegado de CANUDOS OIL S.A y Dña. Olga Arellano, en su calidad de consejera delegada de la SVGPFA Transportes, S.A., autorizan a D^a Aldonza Lorenzo para que asuma la defensa jurídica de CANUDOS OIL S.A. y SVGPFA Transportes, S.A. en el procedimiento arbitral iniciado ante la Corte de Arbitraje de Madrid por CASA VERDE OIL Co.
Lo hacemos constar a todos los efectos oportunos.

10 de diciembre de 2010



Fdo. Porfirio Wong
Consejero Delegado de CANUDOS OIL S.A



Fdo. Olga Arellano
Consejera Delegada de SVGPFA Transportes, S.A.

Documento de respuesta a la solicitud nº 2

Extracto de la información publicitaria enviada por CANUDOIL a Casa Verde Oil, en fecha 3 de julio de 2010

[...]

Especialización en nuevos mercados.

Además de la capacidad operativa mostrada en los mercados más tradicionales, CANUDOIL se caracteriza especialmente por un conocimiento exhaustivo de los mercados más pujantes en la actualidad.

En especial, CANUDOIL destaca por una presencia especialmente fuerte en el mercado de Paradisia, que puede convertirse en el plazo de 5 años en el tercer mayor exportador de crudo mundial. Junto con las operaciones sobre crudo procedente del Golfo de Farsia, con un volumen de 300 millones de euros en 2009, CANUDOIL cerró transacciones por valor de 400 millones de euros sobre crudo procedente del desierto de Hircania. El descubrimiento de nuevos campos petrolíferos en la zona en 2007 ha supuesto el boom más importante en el sector en la última década. CANUDOIL ha estado ahí desde el principio.

[...]

Documento de respuesta a la solicitud n° 3

Recapitulación (recap) de la conversación telefónica mantenida entre D. Pantaleón Pantoja y D^a Julia Urquidi Illanes, enviado por el primero a la segunda

Fecha: Jue 21 Oct 2010 16:09:00

A: Julia Urquidi Illanes<jurquidi@pvoil.cer>

De: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Recap de conversación telefónica mantenida el 20 de octubre de 2010

En la conversación telefónica se acordó la adquisición de la carga de 188.805,115 barriles (30.000 m³) del buque Ciudad Perros, que viajaba hacia el puerto de Zumro a la espera de órdenes, por un precio de Brent - 0,95 (precio total: 7.878.837,46 euros). Calidad: la normal para el crudo procedente de Paradisia y negociado por CANUDOIL.

La persona de contacto en la empresa de transporte es Antonio Conselheiro, y su correo electrónico a.conselheiro@svgpfa.alt.

Pantaleón Pantoja

CANUDOIL

Documento de respuesta a la solicitud nº 4

Fecha: Mie 3 Nov 2010 09:36:00

A: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>

De: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Cc: a.conselheiro@svgpfa.alt

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimada Julia.

Recibo tu correo electrónico con gran perplejidad. En mi correo electrónico de 27 de octubre ya te informé de la existencia de un error en los documentos de transporte, tanto en el certificado de calidad como en el conocimiento de embarque, motivados, como ya te expliqué, por la confusión acaecida en el puerto de carga. Así pues, naturalmente que el crudo que analizasteis a su llegada tenía una gravedad API de 31°, como ya te anticipé, como acordamos por teléfono, y como dice el contrato escrito. Ese fue el crudo que contratasteis, y ese el crudo que os llegó. Pretender rechazar la carga por formalidades como el tema de los documentos es ridículo. Pudisteis retirar el crudo, y lo importante, que es la calidad, era conforme al contrato.

Cuestión distinta es la de la adulteración con agua salada. No soy un experto en estas cuestiones, y tendrás que comentarlo con el porteador. Lo que sí te puedo decir es que el riesgo se había transmitido en el momento de la carga, pues, como recordarás, pactamos condiciones CIF; así que éstas no son cuestiones de las que nosotros seamos responsables.

En resumen, ninguna de las cuestiones que planteas supone una cuestión de la que nosotros nos debamos ocupar. En todo caso, aun cuando lo fuesen, no justificarían que devolviéseis la carga. Siento que las cosas no hayan salido como esperabais, pero ello no se debe a otra cosa que a vuestra propia falta de previsión. Ni que decir tiene que no pensamos retirar el crudo ni pagar un céntimo de daños

Un saludo.

Pantaleón Pantoja

CANUDOIL

Documento de respuesta a la solicitud nº 5

Extracto de diversas fuentes informativas relativos a los rumores sobre el crudo extraído de Farsia, y su influencia en la evolución del precio del crudo.

21/10/2010

Oil markets: Panic on the rumour

The Wall Street proverb says: "Buy on the rumour, sell on the news". If that is conventional wisdom we can only conclude that oil markets are oddly unconventional; at least they have been for the past year. After rumours last April on Paradisia's abnormally hectic defence activity were confirmed by a statement from its government on May the 6th about its plans to test its newly acquired long-range missiles, which sent oil prices skyrocketing, the markets thought they were done for the year with bizarre gossip.

They were, alas, apparently wrong. Commodity futures markets registered significant activity yesterday as rumours spread that crude oil extracted from Paradisia contains a higher concentration of sulphur than the one presumed by traders to calculate its price. On the floor comments were also heard about the high levels of mercury. While no statement confirming or denying the rumours was heard from Paradisian authorities the rumours sent the prices plummeting. Yesterday's prices for oil from the Farsian Gulf closed at 34,66 euro; and for oil from the Hircanian desert at 32,53 euro. The price of Brent closed at 36,31 euro.

[...]

22/10/2010

Mercados de *commodities*. Los precios siguen bajando mientras los rumores toman cuerpo

Los rumores que hace dos días asaltaron a los mercados, relativos a la elevada presencia de azufre y mercurio en el crudo de Paradisia adquirirían ayer una mayor consistencia. Fuentes cercanas a las empresas adjudicatarias de los consorcios extractivos en el Golfo de Farsia y el desierto de Hircania cuestionados sobre este problema, confirmaban ayer que "es posible que haya aspectos sobre la calidad del crudo Paradisí que el público desconoce".

Mientras sigue sin oírse declaración oficial alguna sobre la certeza o plausibilidad de las informaciones sobre la calidad de su crudo, los mercados

ha castigado duramente la falta de iniciativa del gobierno Paradisí. El precio de cotización del crudo del Golfo de Farsia cerraba a 33,45 euros, y el del desierto de Hircania, a 31,96 euros. El Brent cerró a 35,86 euros.

[...]

04/11/2010

Mercados de crudo. Paradisia: *Allegro ma non troppo*

Más vale tarde que nunca. Después de dos semanas que han dejado el precio del barril de crudo Paradisí en sus niveles más bajos desde hace tres años las autoridades del país reaccionaron ayer, finalmente, ordenando la toma de cerca de 500 muestras de los pozos del Golfo de Farsia, así como del desierto de Hircania.

Los resultados disipan los rumores, pero sólo en parte. En las muestras de crudo Fársico no se detectaron los niveles de mercurio que los rumores pronosticaban. Sin embargo, con una concentración de azufre del 0,55%, el crudo extraído en la actualidad del Golfo de Farsia resulta menos dulce, y, por tanto, más ácido, que lo esperado.

Noticias más halagüeñas para los paradisios vinieron del análisis del crudo Hircanio; el cual, sin presencia destacable de mercurio y con una concentración de 0,43-0,47% de azufre arrojó unos resultados mejores de lo esperado. El mercado registró la nueva información cerrando a precios de 40,34 euros para el barril Farsio, y de 42,76 euros para el barril Hircanio. El Brent cerró a 44,52 euros.

El gobierno Paradisio no compartió la medida de los resultados. En una declaración pública el Ministro de Energía afirmó que: "La calidad del crudo Paradisí nunca ha estado en duda". Asimismo, culpó a agentes de la inteligencia extranjera de la difusión de los rumores, como estrategia de difamación en represalia por lo que el propio mandatario definió como "la lógica asunción por Paradisia de un estilo asertivo en política exterior, más acorde con su papel en el Mundo", en velada referencia a los test de misiles anunciados en mayo de este año.

[...]

05/11/2010

OIL MARKETS: QVO VADIS, FARSIAN OIL

Oil markets breathe, as Paradisian government's investigations assuage fears of outrageous levels of sulphur and mercury, but further perils lie ahead

As information spreads oil markets calm down after what have been two hectic trading weeks. Prompted by speculative attacks that left oil prices in the doldrums the Paradisian government undertook a bold effort to dispel rumours about the quality of its crude oil, by means of widespread tests of its chemical composition.

The tests achieved their purpose, albeit in a belated and only partial way. Yes, they confounded the expectations that Paradisian oil contained acceptable levels of mercury. Alas, tests also revealed that a great quantity of the oil tested, from the fields of the Gulf of Farsia contained a concentration of sulphur that, while not outrageously high, was yet higher than markets had considered.

For years the Paradisian oil standard, Farsian oil has suffered another blow, which strengthens the trend in favour of oil coming from the Hircanian desert; which showed better levels of sulphur concentration. With Farsian oil wells drying out and (apparently) worsening in quality, the eyes of the market are turned towards Hircanian fields. Greater investment, however, is needed to exploit their full capacity. Considering recent destabilizing news in an endemically unstable country; can only send shivers across the markets. Qvo vadis, Farsian oil, welcome Hircanian oil?

Documento de respuesta a la solicitud n° 6

Tablas con precios de crudos en el periodo de referencia

Eventos	Precios semanales/ Diarios FOB	Brent	Paradisia Farsia	Paradisia Hircania	Sumaria
Rumores tests Misiles	09/04/2010				
		125,47	120,32	117,42	118,01
	16/04/2010	134,87	128,94	125,72	127,02
	23/04/2010	133,85	128,41	125,11	125,81
	30/04/2010	135,98	130,03	126,73	128,16
Anuncio tests misiles	07/05/2010				
		142,45	136,03	132,73	134,26
	14/05/2010	137,81	133,64	130,54	132,36
	21/05/2010	139,34	133,27	130,47	132,74
	28/05/2010	129,16	121,99	119,19	121,17
	04/06/2010	125,29	117,93	115,13	118,26
	11/06/2010	120,15	114,01	111,21	114,86
	18/06/2010	114,01	108,7	105,82	108,35
	25/06/2010	110,1	109,14	106,24	108,07
	02/07/2010	115,11	111,65	108,75	110,78
	09/07/2010	108,46	106,34	103,44	105,09
	16/07/2010	101,61	98,6	95,85	97,38
	23/07/2010	92,89	90,2	88,1	88,52
	30/07/2010	101,41	98,96	96,85	97,5
Datos pesimistas economía	06/08/2010				
		96,2	93,94	91,84	91,5
	13/08/2010	83,8	82,64	80,6	81,3
	20/08/2010	71,95	70,6	68,8	69,46
	27/08/2010	65,54	64,72	62,92	64,51
	03/09/2010	60,71	59,71	57,91	59,75
	10/09/2010	60,45	59,4	57,6	59,74
	17/09/2010	53,32	53,02	50,9	51,68
	24/09/2010	49,15	48,49	46,29	47,41
	01/10/2010	48,96	47,17	44,97	47,01
	08/10/2010	45,15	44,43	42,22	43,67
	15/10/2010	41,17	40,13	38,94	39,27
Conclusión contrato	20/10/2010				
	(mañana)	42,68	41,55	40,15	41,59
Rumores calidad crudo	20/10/2010				
	(última hora)	36,31	34,66	32,53	36,14
1ª compra	28/10/2010	35,64	32,07	31,28	35,27
Resolución	29/10/2010	34,33	32,31	29,16	35,6
Resultados tests	03/11/2010				
		44,52	40,34	42,76	43,36
2ª compra	05/11/2010	45,61	42,07	43,54	44,23

Documento de respuesta a la solicitud n° 7

Declaración de D. Santiago Zavala, representante de la empresa de transporte La Catedral SL

[...]

Mi nombre es Santiago Zavala, y soy representante en la empresa de transporte La Catedral SL. En calidad de tal fui contactado en fecha 28 de octubre de 2010 para que impartiese instrucciones al buque Fiesta Chivo, con una carga de crudo ligero y dulce procedente de Sumaria, de modo que variase el rumbo hacia el puerto de Tarraco (Madre Patria), donde, según se me indicó, una persona en nombre de la empresa Casa Verde Oil retiraría una carga de 188.805,115 barriles (30,000 m3).

[...]

Documento de respuesta a la solicitud n° 8

Extracto del Diario de Navegación

Día 18 del mes octubre de 2010. 13 horas, 05 minutos (16 horas 05 minutos GMT).

Se procede a iniciar las operaciones de limpieza de los tanques para la eliminación de residuos. La limpieza es efectuada, con mi visto bueno, por la empresa GAMUZA SA, al efecto contratada por mi agente consignatario, COMISIONES PORTUARIAS SA.

Día 18 del mes octubre de 2010. 18 horas, 45 minutos (21 horas 45 minutos GMT).

Se dan por finalizadas las operaciones de limpieza y se comunica al fletador esta circunstancia. Igualmente se emite factura para el pago del servicio, que por indicación mía es enviada al fletador para su pago.

Día 19 del mes octubre de 2010. 9 horas, 31 minutos (12 horas 31 minutos GMT).

Se comienzan las operaciones de carga, previa solicitada del fletador.

Día 19 del mes octubre de 2010. 14 horas, 56 minutos (17 horas 56 minutos GMT).


Se dan por finalizadas las operaciones de carga, sin incidencias.

(...)

Documento de respuesta a la solicitud n° 9

República de Altiplania -Ministerio de Transportes e Infraestructuras
Negociado General de la Marina Errante



CERTIFICADO DE NAVEGABILIDAD						
El inspector/subinspector que suscribe, CERTIFICA que, en el lugar y la fecha que se indica, ha sido inspeccionado con resultado satisfactorio el buque CIUDAD PERROS						
TIPO: BUQUE TANQUE - IMO 2 & 3			N° IMO: 9150612		NIB 213843	
Puerto de Matrícula: Caychan		Lista: 3	Folio: 10/1999	Distintiva: AE4541		
El casco ha sido reconocido como ACERO naval en Caychan el 16/7/2007, resultando BUEN ESTADO.		Fecha de construcción: 1999				
Último reconocimiento en seco: 16/7/2007		Eslora total: 178 m. Manga máxima: 29,8 m. Calado: 9,9 m.				
Ejes de cola tipo: con camisa		N°: 1	Material: Acero Inox		Diámetro: 275 mm	
Ejes de cola reconocidos en Caychan el 16/7/2007, resultando BUEN ESTADO						
Máquinas - tipo:	Marca	Modelo	N° de serie	Combustible	RPM	Potencia (kw)
	Cummins	HR54	KJU342WS	Diesel	500	10.800
Última revisión de la maquinaria propulsora el 16/7/2007, resultando en BUEN ESTADO						
Instalación eléctrica - tipo de corriente: Alterna		Tensión (V):			Frecuencia (Hz):	
		220			50	
La instalación eléctrica se encuentra en BUEN ESTADO						
El material de salvamento se encuentra en BUEN ESTADO, y cumple con la normativa vigente						
El equipo de detección de incendios y lucha contra incendios se encuentra en BUEN ESTADO, y cumple con la normativa vigente						
N° de tanques de carga: 12	Capacidad total:		Bombas de carga:	Capacidad:	Propulsión de las bombas:	
	30.000 m3		12	500 m3/hr a 13,5 bar	Eléctrica	
Espacios y equipo de carga y descarga revisados por última vez el 14/7/2009, resultando en BUEN ESTADO.						
Los alojamientos, de acuerdo con la normativa en vigor, son suficientes para 18 personas, y se encuentran en BUEN ESTADO.						
EL PRESENTE CERTIFICADO ES VÁLIDO HASTA EL 14 DE JUNIO DE 2012						
Expedido en Canchay, el 28 de Julio de 2009.						
						
Fdo. Alberto Fernández						

Documento de respuesta a la solicitud n° 10

Fecha: Vie 5 Nov 2010 12:04:00
A: Julia Urquidi Illanes <jurquidi@pvoil.cer>
De: Antonio Conselheiro <a.conselheiro@svgpfa.alt>
Cc: Pantaleón Pantoja <ppantoja@canudoil.an>

Asunto: Re: Documento contractual para la adquisición de crudo

Estimada Sra. Urquidi.

Mi nombre es Antonio Conselheiro, y escribo en nombre de SVGPFA Transportes SA, pues no me queda más remedio que responder a las alusiones realizadas por usted en relación a la posible responsabilidad de la sociedad cuyos intereses represento por los daños derivados de la supuesta falta de conformidad en las mercancías y documentos de la transacción entre CANUDOIL y Casa Verde Oil.

En este sentido me gustaría simplemente recordarle que el capitán del buque Ciudad Perros se limitó, en cumplimiento precisamente de sus deberes y como es práctica más que habitual, a introducir en el conocimiento de embarque la información recibida del fletador e incluida en el certificado de calidad que al efecto le fue mostrado.

Por otro lado, es posible que la contaminación por agua salada hallada en la carga de parte de los tanques del buque se deba a las operaciones de limpieza realizadas en el puerto de origen. Sin embargo, y tal como especifica la póliza de fletamento vigente entre su compañía y la nuestra, tales operaciones son por cuenta y riesgo de la carga, y bajo dicha premisa fueron organizadas por nuestros operarios y agentes. El buque, como sabe, se halla en perfecto estado para realizar el servicio contratado. Constancia de todo ello deja la documentación del buque, que desde ya pongo a su entera disposición (en particular el Diario de Navegación del capitán y el certificado de navegabilidad).

Reciba un cordial saludo,

Antonio Conselheiro

SVG PFA Transportes SA

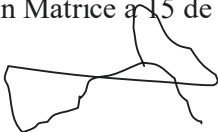
Documento de respuesta a la solicitud nº 11

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D. YYYY DECLARA:

1. Que **ACEPTO** actuar como árbitro en el procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (en adelante “la Corte”) entre CASA VERDE OIL Co y CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA TRANSPORTES S.A.
2. Que **CONOZCO** el vigente Reglamento de la Corte y, en particular sus artículos 11, 12 y 13.
3. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos de dicho Reglamento y acepto ser remunerado de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 47.
4. Que **POSEO** las calificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la Corte y no estoy impedido de *iure* o *de facto* para el ejercicio de mis funciones como árbitro.
5. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 11 del Reglamento de la Corte.
6. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 15 de diciembre de 2010



Firma del Árbitro



CARTA A LAS PARTES A ENVIAR POR CORREO ELECTRÓNICO

A la Atención de D. Alonso Quijano
En representación de **CASA VERDE OIL CO.**

A la Atención de Dña. Aldonza Lorenzo
En representación de **CANUDOS OIL S.A./ SVGPFA TRANSPORTES S.A.**

C/C Árbitro nombrado por la demandante
Árbitro nombrado por las demandadas

Madrid, 22 de diciembre de 2010

Muy Sres. nuestros:

Procedimiento arbitral nº 81/2010

Estimados Sres.

Nos es grato comunicarles que esta Corte en aplicación del Art. 13 de su Reglamento, ha designado para resolver el arbitraje que nos ha sido sometido a D. ZZZ como Presidente del Tribunal Arbitral. La Secretaría de la Corte actuará como Secretario del presente arbitraje.

A los efectos de lo previsto en el Art. 23 del Reglamento, el Tribunal Arbitral contactará a las partes, con el fin de acordar los distintos puntos de la 1ª Orden procesal.

Adjunto enviamos carta de aceptación del árbitro así como su declaración de independencia e imparcialidad.

Le saludamos muy atentamente,

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D. ZZZ DECLARA:

1. Que **ACEPTO** actuar como árbitro en el procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (en adelante “la Corte”) entre CASA VERDE OIL Co y CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA TRANSPORTES S.A.

2. Que **CONOZCO** el vigente Reglamento de la Corte y, en particular sus artículos 11, 12 y 13.

3. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos de dicho Reglamento y acepto ser remunerado de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 47.

4. Que **POSEO** las calificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la Corte y no estoy impedido de *iure* o *de facto* para el ejercicio de mis funciones como árbitro.

7. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 11 del Reglamento de la Corte.

8. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 22 de diciembre de 2010



Firma del Árbitro

ORDEN PROCESAL N° 1

Arbitraje N° 81/2010 bajo las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid

Demandante: CASA VERDE OIL CO.

Calle Barataria, 89, Ciudad de Repal

aquijano@quijanoabogados.cer.

Demandados: CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA TRANSPORTES S.A.

Calle Haldudo 31, Ticuta, Andina

a.lorenzo@abogados.an

Matrice, 10 de enero 2011

La presente controversia arbitral tiene lugar entre CASA VERDE OIL CO. (Casa Verde Oil) y CANUDOS OIL S.A. (CANUDOIL) y SVGPFA TRANSPORTES S.A. S.L. (SVA TRANSPORTES).

El Tribunal Arbitral, de acuerdo con el art. 23 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y tras consultar a las partes emite la presente Orden Procesal, por la que se establece:

1. Que tanto la parte demandante como la parte demandada podrán solicitar aclaraciones sobre los hechos del caso hasta el día 24 de enero de 2011. Una vez presentadas las solicitudes de aclaraciones, el Tribunal Arbitral emitirá la Orden Procesal n° 2, en la cual figurarán las respuestas a las solicitudes de aclaración que resulten pertinentes para la resolución de la controversia.
2. Que la parte demandante deberá presentar su escrito de demanda en fecha no posterior al 17 de marzo de 2011.
3. Que la parte demandada deberá presentar su escrito de contestación a la demanda en fecha no posterior al 25 de abril de 2011.

4. Una vez entregados los escritos de demanda y contestación a la demanda las partes quedarán emplazadas para las sesiones de vista oral, que tendrán lugar en Matrice, durante los días 20 de junio a 25 de junio de 2011.

5. Que la parte demandante y demandada deberán limitarse, tanto en sus escritos de demanda y contestación como en la vista oral, a discutir los asuntos siguientes:

- Si el Tribunal Arbitral es competente para decidir sobre el fondo de la presente controversia tanto con relación a CANUDOIL como con relación a SVA Transportes.
- Si la cláusula de arbitraje contenida en los documentos de transporte es vinculante respecto de CANUDOIL a efectos de hacer valer los derechos derivados del contrato de compraventa.
- Si las remisiones relativas a los extremos del sometimiento de conflictos al arbitraje contenidos en los documentos de transporte son válidas.
- Si la sede contenida en la cláusula sobre resolución de disputas de la Condiciones Generales de SVA Transportes es vinculante y debe ser considerada como única sede ante la que dirimir los conflictos entre las partes del presente litigio o si por el contrario, es válida la sede alternativa elegida por el demandante Casa Verde Oil para resolver el presente conflicto.
- Si existió incumplimiento del contrato de compraventa por parte de CANUDOIL
- Si existió causa para resolver dicho contrato de compraventa, que permita reclamar la restitución del precio y los daños y perjuicios alegados.
- Si SVA Transportes incumplió sus obligaciones conforme al contrato de transporte y cabe declararlo responsable por los daños y perjuicios alegados.
- Si la cuantía de los daños alegados por Casa Verde Oil ha sido correctamente calculada, y ambas partes demandadas deben responder de la misma

6. A los efectos de la redacción de sus argumentos las partes deberán tomar *únicamente* en consideración los datos sobre cotizaciones del crudo facilitados por las partes en el caso, absteniéndose de cualquier referencia a fuentes externas.

7. Las partes demandadas han sido informadas de que, en un procedimiento posterior, pueden encontrarse en posiciones enfrentadas, como demandante y demandada. Sin embargo, de cara al presente procedimiento, han decidido optar por una representación única.

8. El idioma del arbitraje es el español y el lugar del arbitraje es Matrice.

9. Se emplearán los medios electrónicos para transmitir las comunicaciones. El correo electrónico a efectos de las comunicaciones será: mootmadrid@uc3m.es.

Fdo. ZZZ

Presidente del Tribunal Arbitral

ORDEN PROCESAL N° 2

Arbitraje N° 81/2010 bajo las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid

Demandante: CASA VERDE OIL CO.
Calle Barataria, 89, Ciudad de Repal
aquijano@quijanoabogados.cer.

Demandados: CANUDOS OIL S.A. / SVGPFA TRANSPORTES S.A.
Calle Haldudo 31, Ticuta, Andina
a.lorenzo@abogados.an

Matrice, 31 de enero 2011

De acuerdo con las instrucciones contenidas en la Orden Procesal número 1, el tribunal arbitral tras recibir las solicitudes de aclaración presentadas por las partes emite la presente Orden Procesal n° 2:

A. CORRECCIÓN DE ERRATAS

- La fecha de 28/11/2010 incluida en el párrafo 12 de la Respuesta a la solicitud de CANUDOIL deberá indicar 28/10/2010.
- El país de domicilio de SVA Transportes es “Altiplania”, no “Altiplana”. Aunque el segundo es un nombre coloquial, de ahí la confusión, la denominación correcta es “Altiplania” o “República de Altiplania”, y así deberá indicarse en los diversos escritos.
- La cantidad de barriles adquiridos en los diversos contratos de compraventa referidos fue de 188.805,115 barriles.

B. ACLARACIONES

a. Lev Aplicable

1.- En el caso se hace referencia a la aplicación de las Reglas de Rotterdam, si bien éstas no han entrado en vigor ¿Debemos asumir que las mismas se encuentran en vigor, y que los países afectados han realizado la declaración prevista en el art. 78 de las Reglas de Rotterdam?

Sí. El Convenio de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 2008 sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam, RR) se encuentra en vigor para los países de Cervantia, Andina, Altiplania y Madre Patria. Todos los países han realizado la correspondiente declaración bajo el artículo 78, de modo que el Capítulo 15 resulta plenamente aplicable.

2.- ¿Altiplania, Cervantia, Andina y Madre Patria han sido Estado Parte de alguno de los convenios objeto de denuncia obligatoria en virtud del art. 89 de las Reglas de Rotterdam?

No. Altiplania, Cervantia, Andina y Madre Patria no han sido Estado Parte de ninguno de los convenios mencionados en el art. 89 de las Reglas de Rotterdam.

3.- ¿Cuál es la Ley Aplicable a la compraventa?

La Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de mercaderías se encuentra en vigor para Cervantia, Andina, Altiplania y Madre Patria. Ninguno de dichos Estados ha formulado reservas, de modo que sus disposiciones son plenamente aplicables.

4.- ¿Cuál es el Derecho de Arbitraje aplicable en los países implicados?

Cervantia, Andina, Altiplania y Madre Patria han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Asimismo, los cuatro países han adoptado como ley nacional para el arbitraje nacional e internacional la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas de 2006, y la Opción II del artículo 7.

5.- ¿Qué tipo de sistema jurídico poseen cada uno de los países (*civil law* o *common law*)?

Cervantia y Andina son originariamente *civil law*. Altiplania y Madre Patria son originariamente *common law*. No obstante, todos han evolucionado hacia sistemas que podrían calificarse como “mixtos”.

6.- ¿Alguno de los países implicados (Cervantia, Andina, Altiplania o Madre Patria) son miembros de la Unión Europea?

No.

b. Acontecimientos previos al 20 de octubre de 2010

7.- ¿Cuál fue el contenido de las transacciones anteriores celebradas entre CANUDOIL y Casa Verde Oil?

CANUDOIL y Casa Verde Oil celebraron otro contrato de compraventa en 2009. En el contrato se solicitó crudo ligero y dulce. CANUDOIL entregó crudo procedente de la zona de Farsia. El porteador fue una empresa distinta a SVGPFA. Con posterioridad a la llegada, D^a Julia Urquidi afirma que, en una conversación informal, comentó a D. Pantaleón Pantoja que “todo había salido perfectamente” y que “el crudo era lo que esperaban”. Si bien no se ha aportado una transcripción de dicha conversación CANUDOIL no niega estos extremos.

8. ¿Cuál era la difusión de la información que CANUDOIL realizó de sus transacciones con crudo procedentes de Farsia y del desierto de Hircania?

El crudo “farsi” se entiende como una definición de mercado aplicable al crudo procedente del golfo de Farsia. Si bien ambos se encuentran en el país Paradisia, el golfo de Farsia y el desierto de Hircania son zonas geográficas diferentes, y así se entiende en el mercado.

CANUDOIL había incluido claramente la información sobre sus operaciones de modo visible en su página web, y enviado folletos a todas las compañías de refinado. En el caso de Casa Verde Oil, se enviaron folletos a D^a Julia Urquidi y a otras 3 personas del departamento de compras. Casa Verde Oil recibe documentación promocional de este tipo de aproximadamente 80 compañías de *trading* distintas, por lo que, normalmente, es procesada por el personal de secretaría.

c. Transacción de 20 de octubre de 2010 y sus documentos

9.- ¿Quién realizó la transcripción de la conversación telefónica entre D. Pantaleón Pantoja y D^a Julia Urquidi, de 20 de octubre de 2010?

CANUDOIL, como empresa de *trading*, acostumbra a grabar las conversaciones telefónicas con sus contrapartes. En este caso, al negarse CANUDOIL a la solicitud de resolución contractual y de daños y perjuicios por parte de Casa Verde Oil, D^a Julia Urquidi solicitó una copia de la transcripción para evaluar los términos del acuerdo. D. Pantaleón Pantoja obtuvo una transcripción, que le hizo llegar junto con la grabación de la conversación. Antes de emprender el procedimiento Casa Verde Oil valoró la posibilidad de incluir la grabación, pero optó por la transcripción. Puede considerarse que el documento de la solicitud n° 2 constituye un fiel reflejo de la conversación telefónica.

10.- ¿Es común negociar el precio del crudo conforme al Brent?

CANUDOIL negocia habitualmente con referencia al Brent. Es habitual en el sector, si bien existen muchos tipos distintos de cláusulas de precio.

11.- ¿En qué fecha se produjo la transferencia bancaria del precio?

El jueves 21 de octubre de 2010, una vez recibida confirmación de la recepción de las instrucciones enviadas y su ratificación por el fletador del buque, CANUDOIL.

12.- ¿En qué orden fueron emitidos los documentos que sirvieron de base para el pago (conocimiento de embarque, certificado de calidad y certificado de origen)?

En el día 19 de octubre, y en primer lugar, se emitió el certificado de cantidad y calidad. Después, en el mismo día, sobre la base de la información contenida en dicho certificado, se emitió el conocimiento de embarque. Los datos para redactar el certificado de origen estuvieron disponibles el día 19, pero el certificado se emitió el día 20, cuando ya se pudo conocer la identidad del comprador.

13. ¿Cuál es la consideración comercial de la entidad “Estelas Certificación SAU” en el mercado?

Estelas Certificación SAU es una conocida entidad certificadora y goza de una muy buena reputación en cuanto a integridad y profesionalidad en el sector.

14. ¿Debe entenderse que ha existido algún problema de forma en los diversos documentos?

Fuera de los problemas de veracidad de información en los certificados o de existencia de la cláusula arbitral ninguna de las partes ha cuestionado la forma de los documentos, su autenticidad o su firma.

15. ¿Había fletado CANUDOIL algún buque con crudo de la zona de Farsia que pudiera haber sido entregado a Casa Verde Oil Co en fecha anterior al 30 de octubre de 2010?

No.

c. Condiciones del buque

16. ¿Cuáles son las condiciones para la obtención de un certificado de navegabilidad en Altiplania?

Las condiciones son razonablemente exigentes. No se trata de un país donde resulte particularmente fácil obtener el certificado, ni donde se hayan detectado prácticas generalizadas de soborno a las autoridades para lograr dicha obtención.

17.- ¿Dispone el buque de Ciudad Perros de un sistema COW?

No. El buque Ciudad Perros no cuenta con un sistema COW.

d. Transacciones de 28 de octubre y de 5 de noviembre de 2010

18.- ¿Cuáles fueron las condiciones de las transacciones de 28 de octubre y de 5 de noviembre de 2010?

En la transacción de 28 de octubre el crudo procedía de la zona de Sumaria. La gravedad API del crudo era de 35°, y la dulzura = 0,5% en concentración de azufre. El buque llegó a su destino el 1 de noviembre. En la transacción de 5 de noviembre el crudo procedía de la zona del Golfo de Farsia, con las características indicadas en el documento de la solicitud nº 18. El buque llegó a puerto en fecha 9 de noviembre.

III COMPETICIÓN INTERNACIONAL
DE ARBITRAJE Y DERECHO
MERCANTIL (MOOT)
MADRID – 10 ENERO A 25 JUNIO 2011

ESCRITO DE DEMANDA



UNIVERSIDAD PONTIFICIA COMILLAS MADRID (ICADE)

EN REPRESENTACIÓN DE:

CASA VERDE OIL CO.
AVDA.PIURA, NO 56
CIUDAD DE REPAL
CERVANTIA

DEMANDANTE

CONTRA:

CANUDOS OIL S.A.
AVEDA. MEDINA, NO. 311
TICUTA
ANDINA

Y

SVGPFA Transportes SA.
CARRETERA DE LA AMAZONIA, KM. 89
MESTALIA
ALTIPLANIA

DEMANDADOS

CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	V
AUTORIDADES CITADAS	VI
JURISPRUDENCIA CITADA	XI
LAUDOS CITADOS.....	XIV
RELATO DE HECHOS	1
CUESTIONES JURISDICCIONALES.....	2
PRIMERA: EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA ENTRE CASA VERDE Y LAS DEMANDADAS SVA TRANSPOTES Y CANUDOIL.....	2
A. EXISTENCIA DE UN ACUERDO DE ARBITRAJE: APLICACIÓN DEL ART. 7 (OPCIÓN II) DE LA LEY MODELO; INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LAS CLÁUSULAS 5 DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE Y 34 DE LA PÓLIZA DE FLETAMENTO.....	2
B. TODAS LAS PARTES ESTÁN VINCULADAS POR EL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	4
C. LAS DISPUTAS DERIVADAS DE LA COMPRAVENTA SON SUBSUMIBLES EN EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA CLÁUSULA 5 DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE	7
SEGUNDA: LA SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL ES MATRICE.....	8
A. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO <i>CONTRA PROFERENTEM</i> EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS 5 DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE Y 34 DE LA PÓLIZA DE FLETAMENTO PARA EXCLUIR DEL ACUERDO LA REMISIÓN A LA CLÁUSULA 57 DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA FLETANTE QUE ESTABLECE ALTIPLANIA COMO SEDE ARBITRAL	8
B. DETERMINACIÓN DE MATRICE COMO SEDE DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN VIRTUD DE LA APLICACIÓN DEL ART. 75 DE LAS REGLAS DE ROTTERDAM.....	10
TERCERA: LA INEXSISTENCIA DE CONTRATO ESCRITO ENTRE CASA VERDE Y CANUDOIL Y LA CONSECUENTE INAPLICABILIDAD DE LA CLAUSULA 20.....	11
CUESTIONES RELATIVAS AL FONDO DEL ASUNTO.....	13
CUARTA: CANUDOIL INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SEGÚN EL ART. 35 CNUCCIM.....	13
A. CANUDOIL INCUMPLIÓ EL CONTRATO SEGÚN EL ART. 35(1) CNUCCIM AL ENTREGAR CRUDO QUE NO ERA DE LA CALIDAD PACTADA.	13
I. CANUDOIL sabía o no podía ignorar la intención de CASA VERDE.	13
II. Una persona razonable habría comprendido la intención de CASA VERDE.	13
III. El crudo entregado no era conforme a lo pactado en el contrato	14
B. EL CRUDO NO ERA ADECUADO PARA EL USO ESPECÍFICO HECHO SABER A CANUDOIL, LO CUAL IMPLICA UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN VIRTUD DEL ART. 35(2) CNUCCIM.....	14

- I. El crudo no era adecuado para el propósito específico hecho saber a CANUDOIL 14
- II. CASA VERDE confió razonablemente en la competencia y el juicio de CANUDOIL..... 15

**QUINTA: LA FALTA DE CONFORMIDAD DEL CRUDO CON LO PACTADO
CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL SEGÚN EL ART. 25 CNUCCIM..... 16**

- A. CANUDOIL INCUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR CRUDO CONFORME CON EL
CONTRATO 16
- B. LA CALIDAD DEL CRUDO ERA UN INTERÉS ESENCIAL DE CASA VERDE ASÍ EXPRESADO EN EL
CONTRATO Y LA ENTREGA DE CRUDO DE UNA CALIDAD INFERIOR SUPONE UNA PRIVACIÓN
SUSTANCIAL 16
- C. CANUDOIL PUDO PREVER EL RESULTADO LESIVO Y UNA PERSONA RAZONABLE TAMBIÉN ... 17

**SEXTA: LA ENTREGA DE CRUDO CONTAMINADO CON AGUA DE MAR SUPONE UN
INCUMPLIMIENTO ESENCIAL, PUES VIOLA UN PLAZO ESENCIAL ASÍ
ESTABLECIDO EN EL CONTRATO 18**

- A. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR CRUDO CONFORME A LO PACTADO, EN LA FECHA PACTADA ERA
ESENCIAL 18
 - I. El plazo se pactó como esencial en el contrato..... 18
 - II. Alternativamente, la inclusión del término CIF convierte el plazo en esencial..... 19
- B. LA CONTAMINACIÓN DEL CRUDO CON AGUA DE MAR SUPONE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL,
PUES PRIVA A CASA VERDE DE LO QUE TENÍA DERECHO A ESPERAR EN VIRTUD DEL CONTRATO 19
- C. CANUDOIL PUDO PREVER EL RESULTADO LESIVO Y UNA PERSONA RAZONABLE TAMBIÉN ... 19

**SÉPTIMA: LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR CANUDOIL NO ERAN
CONFORMES CON LO PACTADO EN EL CONTRATO, LO CUAL CONSTITUYE UN
INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO 20**

- A. LA ENTREGA DE DOCUMENTOS INCORRECTOS ES UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL SEGÚN
LOS ARTS. 30 Y 34 CNUCCIM 20
- B. LA ENTREGA DE DOCUMENTOS NO CONFORMES SUPONE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL..... 21
 - I. Incumplimiento de una obligación..... 21
 - II. Privación sustancial de las expectativas de CASA VERDE..... 21

**OCTAVA: CASA VERDE ACTUÓ EN LEGÍTIMO EJERCICIO DE SU DERECHO A
RESOLVER EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SEGÚN EL ART. 49(1) CNUCCIM.... 22**

**NOVENA: SUBSIDIARIAMENTE, SVA TRANSPORTES ES RESPONSABLE DEL DAÑO
SEGÚN EL ART. 17 DE LAS REGLAS DE ROTTERDAM..... 22**

- A. LA MERCANCÍA SUFRE UN DAÑO DURANTE EL PERÍODO DE RESPONSABILIDAD DE SVA 22
- B. SVA ERA EL RESPONSABLE DE LA LIMPIEZA DILIGENTE DEL BUQUE CIUDAD PERROS. 23
- C. LA MERCANCÍA CONTAMINADA ES INSERVIBLE A LOS EFECTOS CONTRATADOS..... 24
- D. EXPECIONES INTEGRADAS AL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. 24
- E. SVA RESPONDE POR SUS RESPECTIVOS TRABAJADORES, ENTRE LOS QUE FIGURA EL CAPITÁN.

DÉCIMA: CASA VERDE VALORÓ CORRECTAMENTE LA CUANTÍA Y AMBAS PARTES RESPONDERÁN DE LA INDEMNIZACIÓN	26
A. CASA VERDE VALORÓ CORRECTAMENTE CONFORME AL ART. 75 CNUCCIM REALIZAR UNA COMPRA DE REEMPLAZO.	26
I. Casa Verde realizó una compra de reemplazo conforme al art. 75 CNUCCIM.	26
II. La calidad del crudo comprado en la compra de reemplazo se realizo conforme al crudo solicitado a CANUDOIL.	26
B. LA COMPRAVENTA DE CRUDO SUMARIO NO ES ALEGABLE	27
I. La compraventa de crudo sumario no es alegable en tiempo	27
C. CASA VERDE OIL INTENTA MITIGAR EL DAÑO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS DEMANDADAS.....	27
D. CANUDOIL Y SVA TRANSPORTES DEBERÁN RESPONDER POR LOS DAÑOS CAUSADOS.....	28
PETICIONES DE LA DEMANDANTE QUE SE SOMETEN AL TRIBUNAL ARBITRAL	29

ABREVIATURAS

¶/¶¶	párrafo/párrafos
Art.	Art.
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CNUCCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Viena 1980.
Reglas de Rotterdam	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo. Rotterdam 2008.
Convención de Nueva York	Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nueva York 1958.
DOC. RES. N°	Documento de respuesta a la solicitud N°
DOC. SOL. N°	Documento de la solicitud N°
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
ORD. PROC.	Orden Procesal
p./pp.	página/páginas
RCAM	Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid
RES.	Escrito de respuesta a la solicitud
SOL.	Escrito de solicitud
ss.	siguientes

AUTORIDADES CITADAS

- Achilles** Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied: Luchterhand, 2000.
Citado como: *Achilles*
(¶106)
- Benedick** Die Informationspflichten im UN-Kaufrecht (CISG) und ihre Verletzung, München: Sellier/ Bern: Stämpfli, 2008.
Citado como: *Benedick*
(¶88)
- Bianca/Bonnell/Will** Commentary on the international Sales Law, Milano: Giuffrè, 1987
Citado como: *Bianca/Bonnell/Will*
(¶106)
- Bijl** Fundamental breach in documentary sales contracts: The doctrine of strict compliance and the underlying sales contract, 2009, EJCCL.
Citado como: *Bijl, (2009) EJCCL*
(¶135)
- Brian Drewitt & Giles Wingate–Saul** Drafting Arbitration Clauses, 1996.
Citado como: *Drewitt & Wingate–Saul*
(¶6)
- Bridge** The International Sale of Goods: Law and Practice, 2 ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007.
Citado como: *Bridge, International Sale of Goods*.
(¶134)
- Chengwei, Liu** Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL
Citado como: *Chengwei*
(¶161)
- Chinea López y Hernández Santaella** Manual de lavado con crudo y gas inerte.
Citado como: *Manual de lavado con crudo y gas inerte*.
(¶144)
- Chorley-Giles, O. C.** Derecho Marítimo
Citado como: *Chorley-Giles, O. C., Derecho Marítimo*
(¶150146)
- D’Ors, Hernández-Tejero, Fuenteseca, García Garrido y Burillo** El Digesto de Justiniano, 3 vols. Versión castellana de Pamplona, Aranzadi, 1968.
Citado como: *Digesto*
(¶51)
- Eduardo Echeverría Rivera** El transporte marítimo. Editorial Aranzadi. Segunda edición
Citado como: *Echeverría Rivera*
(¶150146)
- Enderlein & Maskow** International Sales Law, New York, Oceana, 1992.
Citado como: *Enderlein & Maskow*
(¶93, 106)
- Enderlein & Maskow/Strobach** Internationales Kaufrecht, Berlin: Haufe, 1991.
Citado como: *Enderlein & Maskow/Strobach*
(¶88)

- F. Schlergerberger & R. Liesecke** Seehandelsrecht
Citado como: *Seehandelsrecht*
(¶146147)
- F. Stein & M. Jonas** Kommentarr zur Zivilprozessordnung Anhang, 22d ed., 2002.
Citado como: *Stein & Jonas*
(¶5)
- François Terré** Les contrats complexes, les ensembles contractuels, Droit Civil: Les obligations, Dalloz, 2009.
Citado como: *Terré*
(¶31)
- Gary B. Born** International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, Third Edition, Kluwer Law International, 2009.
Citado como: *Born*
(¶¶12,50)
- Ghestin** La fusion des actions, in Ghestin (ed.), *Conformité et Garanties dans la Vente*, Paris: LGDJ, 1983.
Citado como: *Ghestin*
(¶106)
- Heuzé** La vente international de marchandises, Droit Uniforme, 2 ed., Paris: LGDJ, 2000.
Citado como: *Heuzé*
(¶106)
- Huber, P/Mullis** The CISG—A new textbook for students and practitioners, München, Sellier 2007.
Citado como: *Huber, P/Mullis*
(¶¶88, 117)
- Javier M. Rodríguez Olmos** Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista, Revista de derecho privado n°14, 2008.
Citado como: *Rodríguez Olmos “Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista”*
(¶51)
- Joaquim J. Forner Delaygua** Materiales de Derecho del Comercio Internacional, Editorial Tirant Lo Blanch
Citado como: *Forner Delaygua*
(¶150146)
- John O. Honnold** Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999.
Citado como: *Honnold*
(¶126)
- José María Garibi Undabarrena** Derecho marítimo práctico, Editado por la Oficina Central Marítima
Citado como: *Garibi Undabarrena*
(¶151146)
- Karim Youssef** Consent in Context: Fulfilling the promise of international arbitration, Ed. West, 2009.
Citado como: *Youssef*
(¶28)
- Karollus** Judicial Interpretation and application of the CISG in Germany 1988-1994, 1 Rev CISG 51-94, 1995.
Citado como: *Karollus*
(¶88)

- Laurent Aynès** Comentario Casos: March 5, 1991 –Pepratx v. Fichou; March 29, 1990– Société Sofremines v. Société Samin. Revista Arbitraje 1992.
Citado como: *Comentario Casos: March 5, 1991 –Pepratx v. Fichou; March 29, 1990– Société Sofremines v. Société Samin.* Laurent Aynès. *Revista Arbitraje* 1992, p.72
(¶32)
- Lawrence Craig, William Park & Jan Paulsson** International Chamber of Commerce Arbitration, 2d ed., 1990.
Citado como: *Craig, Park & Paulsson* (¶¶6, 56, 61)
- Loewe** Internationales Kaufrecht, Wien: Mantz, 1989.
Citado como: *Loewe* (¶106)
- M^a del Pilar Perales Viscasillas** El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)
Citado como: *Perales Viscasillas* (¶165)
- Michael N. Tamvakis** Commodity Trade and Finance: Editorial Informa.
Citado como: *Michael N. Tamvakis, Commodity Trade and Finance* (¶¶77, 120)
- MünchKomm/Benicke** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, edited by Rebmann/Säcker, 5 ed., 2006 *et seq.*
Citado como: *MünchKomm/Benicke* (¶117)
- MünchKomm/Gruber** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, edited by Rebmann/Säcker, 5 ed., 2006 *et seq.*
Citado como: *MünchKomm/Gruber* (¶88)
- MünchKomm/P Huber** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, edited by Rebmann/Säcker, 5 ed., 2006 *et seq.*
Citado como: *MünchKomm/P Huber* (¶117)
- MünchKommHGB/Benicke** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Edited by Schmidt, K, vol 6, revised by Basedow, 2 ed., München: Beck/Vahlen, 2007.
Citado como: *MünchKommHGB/Benicke* (¶106)
- Mullis** Termination for breach of contract in C.I.F. contracts under the Vienna Convention and English Law: Is there a substantial difference?, in Lomnicka/Morse (eds.), *Contemporary issues in Commercial Law: Essays in honour of professor A.G. Guest*, London: Sweet & Maxwell, 1997.
Citado como: *Mullis, FS Guest* (¶134)
- Nielsen** Annmerkung zu BGH, 3.4. 1996- VIIIZR 51-FN95, WuB I H 1-1.97, 131-2.
Citado como: *Nielsen, WuB I H 1-1.97* (¶135)

- Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer** Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Third Edition, Oxford University Press, 2010
Citado como: *Schlechtriem*
(¶¶77,79, 82, 84, 88, 91, 93, 96, 103, 106, 109, 116, 117, 125, 131, 133, 134, 135, 136, 137)
- Uniform Sales Law – The UN–Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Citado como: *Schlechtriem2*
(¶158)
- Posch/Kandut** Die allgemeinen Bestimmungen über den Warenkauf: Art 25-29, in Hoyer/Posch (eds.), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, Wien: Orac, 1992.
Citado como: *Posch/Kandut*
(¶106)
- Reinhart** Die weltweite Vereinheitlichung des Kaufrechts im 20. Jahrhundert, in Müllerr-Graff (ed), *Recht und Rechtswissenschaft: Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn*, Heideberg: CF Müller (2001), 329-49 (Reinhart, *Vereinheitlichung*).
Citado como: *Reinhart*
(¶106)
- Richard Kreindler** Practical Issues in Drafting International Arbitration Clauses, 1997.
Citado como: *Kreindler*
(¶6)
- Schütze** Das Dokumentenakkreditiv Internationalen Handelsverkehr, 5 ed, Heidelberg: Verlagrecht und Wirtschaft, 1999.
Citado como: *Schütze, Dokumentenakkreditiv*
(¶135)
- Schwimann/Posch** ABGB Praxiskommentar, Bd 5: §§ 859-1089 ABGB, WucherG, UN-Kaufrecht, 3 ed., Wien: LexisNexis, 2006.
Citado como: *Schwimann/Posch*
(¶106)
- Takawira** Departing for mere compromise: reformulating the remedy of specific performance under the Convention on the International Sale of Goods (CISG) in line with the Convention’s underlying goals, November 2007.
Citado como: *Takawira*
(¶117)
- Trommler** Die Auslegung des Begriffes “wesentliche Vertragsverletzung” in Art 25 CISG, (Diss Konstanz 2001), Frankfurt a. M: Lang, 2002. (Trommler, *Wesentliche Vertragsverletzung*).
Citado como: *Trommler*
(¶117)
- von Staudinger, J** Julius von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12 ed., partly 13 ed., Berlin: Sellier/de Gruyter, 1993 *et seq.*
Citado como: *Staudinger/Magnus*
(¶88)

- Whitesell & Silva–Romero** Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience, in ICC, Complex Arbitrations 7. ICC Ct. Bull. Spec. Supp. 2003.
Citado como: *Whitesell & Silva–Romero, Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience* (¶24)
- Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Staniland** The Rotterdam Rules
Citado como: *The Rotterdam Rules* (¶143)

JURISPRUDENCIA CITADA

ALEMANIA

Germany 28 February 1997 Appellate Court Hamburg (Iron molybdenum case)

Citado como: *Iron molybdenum case*

(¶117)

ESPAÑA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de 11 de mayo de 2000

Citado como: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de 11 de mayo de 2000*

(¶15025)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de 6 de abril de 1999

Citado como: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de 6 de abril de 1999*

(¶15325)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, (sec. 1º), de 20 de mayo de 1998

Citado como: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, (sec. 1º), de 20 de mayo de 1998*

(¶15225)

ESTADOS UNIDOS

Mitshubishi Motors Corp., 473 U.S. at 626 (applying FAA'S pro-arbitration presumption to arbitration clause in contract governed by Swiss law providing for arbitration in Japan);

Citado como: *Mitshubishi Motors case*

(¶5)

Becker autoradio U.S.A., Inc. V. Becker AutoradioWerk GmbH, 585 F.2d 39,43 (3d Cir. 1978)

Citado como: *Becker autoradio case*

(¶5)

Rhone Mediterraneaen etc. V. Achille Lauro, 555 F.Supp. 481, 484-85 (D.V.I. 1982)

Citado como: *Rhone Mediterraneaen case*

(¶5)

Developers Surety and Indemnity Company v. Resurrection Baptist Church, et al., Civil Action No. RWT 10cv1224, (D. Md. December 1, 2010)

Citado como: *Developers Surety v. Resurrection Baptist Church case*

(¶6)

Progressive Casualty Ins. Co. v. Reaseguradora Nacional de Venezuela, 802 F. Supp. 1069, 1079 (S.D.N.Y. 1992), rev'd, 991 F.2d 42, 47 (2d Cir. 1993).

Citado como: *Progressive Casualty Ins. Co. v. Reaseguradora Nacional de Venezuela*

(¶6)

Thomson–CFS, SA v. Am. Arbitration Ass’n, 64 F 3d 773, 776. 2d Cir. 1995

Citado como: *Thomson–CFS, SA v. Am. Arbitration*

(¶¶ 23, 50)

Interocean Shipping Co. v. Nat’l Shipping and Trading Corp., 523 F. 2d 527, 539.2d Cir. 1975

Citado como: *Interocean Shipping Co. v. Nat’l Shipping and Trading Corp.*

(¶23)

Nauru Phosphate Royalties, Inc. V. Drago Daic Interest, Inc., 138 F. 3d 160, 166. 5th Cir. 1998

Citado como: *Nauru Phosphate Royalties, Inc. V. Drago Daic Interest, Inc.*

(¶27)

Mastrobouno v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. 52,62 (U.S. S.Ct. 1995)

Citado como: *Mastrobouno v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*

(¶50)

Paul Revere Variable Annuity Ins. Co. V. Kirschhofer, 226 F.3d 15,25 (1st Cir.2000)

Citado como: *Paul Revere Variable Annuity Ins. Co. V. Kirschhofer.*

(¶50)

Shaw Group.inc. v. Triplefine Int’l Corp., 322 F.3d 115, 121 (2d Cir. 2003)

Citado como: *Shaw Group.inc. v. Triplefine Int’l Corp.*

(¶50)

United States 16 April 2008 Federal District Court [New York] (Macromex Srl. v. Globex International, Inc.)

Citado como: *Macromex Srl. v. Globex International, Inc.*

(¶160)

FINLANDIA

Finland 30 June 1998 Helsinki Court of Appeal (Skin care products case)

Citado como: *Skin care products case*

(¶103)

FRANCIA

France Cour de Cassation 11 October 1989 Bomar Oil v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières

Citado como: *Bomar Oil v. Entreprise Tunisienne case*

(¶6)

France Cour de Cassation 8 July 2009 Société d’études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB) Caso No. 08–16025 (SOERNI c. ASB)

Citado como: *SOERNI v. ASB case*

(¶15)

France Cour de Cassation 20 December 1991 Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb

Citado como: *Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb*
(¶¶16, 67)

Paris Court d'appel 7 february 2002 SA Alfac v. Societé Irmac Importacao, comercia e industria Ltda, 2002 Rev. Arb. 413.

Citado como: *SA Alfac v. Societé Irmac Importacao, comercia e industria Ltda*
(¶50)

HOLANDA

Rotterdam Rechtsbank 26 June 1970, Israel Chem. & Phosphates Ltd v. NV Algemene Oliehandel, I Y B. Comm. Arb 194.

Citado como: *Israel Chem. & Phosphates Ltd v. NV Algemene Oliehandel*
(¶25)

HONG KONG

Hong Kong High Court William Co. v. Chu Kong Agency Co. Ltd XIX Y.B. Comm. Arb. 274, S.Ct. 1993.

Citado como: *William Co. v. Chu Kong Agency Co. Ltd*
(¶2625)

SUIZA

18 May 2009 Bundesgericht [Federal Supreme Court] (Packaging machine case)

Citado como: *Packaging machine case*
(¶103)

Bundesgericht [Federal Supreme Court] Tradax Export, S.A. v. Amoco Iran Oil Co., 11 Y.B. Com. Arb. 532, 534–35 (1986)

Citado como: *Tradax v. Amoco case*

LAUDOS CITADOS

ICC Arbitration Case No. 7804 of 1995

Citado: *CCI n° 7804, 1995*

(¶29)

ICC Arbitration Case No. 7604

Citado: *CCI n° 7604*

(¶30)

ICC Arbitration Case No. 7610

Citado: *CCI n° 7610*

(¶30)

ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (Crude metal case)

Citado como: *Crude metal case*

(¶31)

Preliminary Award in ICC case No.2321, I.Y.B Comm. Arb. 133 (1976)

Citado como: *Preliminary Award in ICC case No.2321*

(¶5031)

Partial award in ICC case No. 7920, XXII Y.B. Comm. Arb. 80, 80 (1989)

Citado como: *Partial award in ICC case No. 7920*

(¶5031)

Interim award in ICC case n°.7929, XXV Y.B. Comm. Arb.312, 137 (2000)

Citado como: *Interim award in ICC case n°.7929*

(¶5031)

ICC Arbitration Case No. 3493 of February 1983 (SPP V. Egypt & EGOTH)

Citado como: *CCI n° 3493*

(¶31)

ICSID Award No. ARB/82/1, 25 February 1988 (Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Republic of Senegal)

Citado como: *ICSID Award No. ARB/82/1*

(¶3431)

China 30 October 1991 CIETAC Arbitration proceeding (Roll aluminum and aluminum parts case)

Citado como: *Roll aluminum and aluminum parts case*

(¶69)

China 26 June 2003 CIETAC Arbitration Award (Alumina case)

Citado como: *Alumina case*

(¶16531)

China 9 January 2008 CIETAC Arbitration Award (*Metallic silicon case*)

Citado como: *Metallic silicon case*

(¶15731)

RELATO DE HECHOS

- 20 octubre, 2010** CASA VERDE OIL CO. (en adelante CASA VERDE) se pone en contacto telefónicamente con CANUDOS OIL S.A. (en adelante CANUDOIL) para adquirir una partida de crudo ligero y dulce quedando en recibir la mercancía antes del 29 de Octubre.
- 21 octubre 2010** CASA VERDE siguiendo las instrucciones se pone en contacto con SVGPFA Transportes S.A.(en adelante SVA Transportes), siguiendo las instrucciones de CANUDOIL.
- 21 octubre 2010** CANUDOIL envía un recap de la conversación telefónica y envía la dirección y la persona de contacto del transportista SVA Transportes.
- 22 octubre 2010** CANUDOIL envía un contrato formal de compraventa a CASA VERDE.
- 25 octubre 2010** Se intercambian varios correos electrónicos. CASA VERDE contacta con CANUDOIL indicando un error en la redacción del contrato. A continuación CANUDOIL responde que no existe fallo alguno en el contrato. Finalmente CASA VERDE envía un 2º correo indicando que el error existe y que debe solucionarlo, además especifica que en la documentación indicada si esta la información detallada de manera correcta..
- 27 octubre 2010** CANUDOIL reconoce un error en los documentos enviados indicando que los mismos no son correctos.
- 28 octubre 2010** CASA VERDE realiza una compra de crudo Sumario, CASA VERDE presenta el testimonio del transportista que trabaja para una filial de SVA Transportes. CANUDOIL argumenta que esta es la compra de reemplazo real y no la que señala CASA VERDE.
- 29 octubre 2010** Tras la llegada del buque a su puerto de destino CASA VERDE procede a analizar el crudo procedente de la misma. Estos análisis muestran unos resultados donde el crudo es distinto del contratado, además muestra una contaminación significativa del mismo.
- 05 noviembre 2010** CASA VERDE realiza una compra de reemplazo tras recibir el resultado de los análisis que muestran que el crudo vendido por CANUDOIL y entregado por SVA Transportes no se corresponde con lo comprado y además está contaminado con agua de mar
- 05 noviembre 2010** SVA Transportes responde que ellos no son responsables de la responsabilidad que le quieren imputar. Aun así reconoce la contaminación del agua, aunque insiste en que la responsabilidad es por cuenta y riesgo del que carga.
- 09 noviembre 2010** CASA VERDE notifica por correo electrónico a CANUDOIL y SVA Transportes que son responsables por las conductas llevadas a cabo y que deben responder por los daños y perjuicios causado.
- 09 noviembre 2010** CANUDOIL responde que no tiene responsabilidad y que habían dado constancia de los errores de los documentos.

CUESTIONES JURISDICCIONALES

1. La Demandante sostiene la competencia de este Tribunal Arbitral para conocer de la disputa surgida en la relación entre Casa Verde Oil S.A (en adelante CASA VERDE) y las demandas Canudos Oil S.A (en adelante CANUDOIL) y SVGPFA Transportes S.A (en adelante SVA Transportes), en base al Acuerdo de arbitraje contenido en el Conocimiento de Embarque y en la Póliza de Fletamento [PRIMERA]. Asimismo, sostiene que la sede válida para el Tribunal es Matrice, (Madre Patria) [SEGUNDA] y que el documento que supone la formalización del contrato telefónico [DOC. SOL. Nº10] no vincula a las partes [TERCERA].

PRIMERA: EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA ENTRE CASA VERDE Y LAS DEMANDADAS SVA TRANSPOTES Y CANUDOIL

2. El Tribunal Arbitral es competente para entrar a conocer del fondo de la controversia surgida entre CASA VERDE y las demandadas SVA Transportes y CANUDOIL por varios motivos. En primer lugar, porque existe un acuerdo de arbitraje inferido de la interpretación conjunta de las cláusulas de sometimiento de disputas, contenidas en el Conocimiento de Embarque –cláusula 5– y en la de Póliza de Fletamento –cláusula 34–, que contienen un auténtico y válido acuerdo compromisorio, conforme a la opción II del Art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con las enmiendas del 2006, (en adelante Ley Modelo) [A]. En segundo lugar, porque todas las partes están claramente vinculadas por dicho acuerdo [B]. Y finalmente porque las disputas surgidas del contrato de Compraventa entre CANUDOIL y CASA VERDE son completamente subsumibles en el ámbito objetivo de la dicción de la cláusula 5 del Conocimiento de Embarque, “*Cualquier disputa que pueda surgir en relación con este conocimiento de embarque...*” [C].

A. Existencia de un acuerdo de arbitraje: aplicación del Art. 7 (Opción II) de la Ley Modelo; interpretación conjunta de las cláusulas 5 del Conocimiento de Embarque y 34 de la Póliza de Fletamento

3. Bajo este epígrafe se pretende demostrar la existencia y validez del acuerdo arbitral, que entendemos se encuentra recogido en dos documentos separados, el Conocimiento de Embarque –cláusula 5– [DOC.SOL Nº3], y en la Póliza de Fletamento –cláusula 34– [DOC.SOL Nº19]:

Resolución de disputas (cláusula 5): *Cualquier disputa que pueda surgir entre las partes en relación con este conocimiento de embarque se resolverá conforme a lo estipulado en la cláusula 34 de la póliza de fletamento referida en el anverso.*

Resolución de disputas (cláusula 34). *Cualquier disputa que pueda surgir en relación con esta Póliza de Fletamento se resolverá mediante arbitraje por un tribunal constituido por tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid. La sede del arbitraje se determinará conforme a lo establecido en las Condiciones Generales del fletante. El idioma del arbitraje será el español.*

4. La Demandante sostiene que la interpretación conjunta de ambas cláusulas y por tanto el contenido del acuerdo de arbitraje debe de ser el siguiente: “*Cualquier disputa que pueda surgir entre las partes en relación con este conocimiento de embarque...*” “*...se resolverá mediante arbitraje por un tribunal constituido por tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid...*” “*... El idioma del arbitraje será el español*”. La cláusula 5 es una norma de conflicto, es decir, una norma que se remite a otra para establecer una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho que recoge. Es por ello que la remisión a la cláusula 34 debe de entenderse hecha no a su totalidad, sino a la consecuencia jurídica que dicha cláusula contiene, debiendo obviarse el supuesto de hecho así como la norma de conflicto que a

su vez se utiliza para la determinación de la sede; y todo ello en virtud del principio *contra proferentem* sobre el que incidimos en la cuestión SEGUNDA, apartado A.

5. La ley bajo la que se va a enjuiciar la validez y existencia de dicho acuerdo debe de ser la Ley Modelo, ya que los países de las partes implicadas han adoptado dicha ley como ley nacional para el arbitraje internacional [ORD. PROC. N°2, aclaración 4ª]. Por tanto, a falta de especificación alguna sobre la ley aplicable es lógico y práctico establecer la CNUDMI como ley aplicable en virtud del principio de *lex loci arbitris*, ya que independientemente del lugar que se establezca como sede y que se discutirá más adelante (Altiplania o Matrice –Madre Patria–), la ley de arbitraje será la misma. En este mismo sentido [Mitshubishi Motors case; Becker autoradio case; Rhone Mediterranee case; Stein & Jonas, para 46, pág 1061]. Por su parte la Ley Modelo es aplicable ya que se cumplen todos los requisitos que establece en su Art. 1 “*ámbito de aplicación*”.
6. La Cuestión de la existencia y validez del acuerdo arbitral plantea alguna duda cuando el acuerdo consta en documentos separados a los que se hace referencia en el contrato principal. Es decir, cuando el acuerdo arbitral es incorporado por referencia, como ocurre en el caso que nos ocupa. La incorporación por referencia consiste en hacer que un documento se convierta en parte de un documento separado por medio de la referencia del primero en el segundo, declarando que el primero será considerado parte integrante del segundo [Developers Surety v. Resurrection Baptist Church case; Tradax v. Amoco case; Bomar Oil v. Entreprise Tunisienne; Progressive Casualty Ins. Co. v. Reaseguradora Nacional de Venezuela; Craig, Park & Paulsson, § 5.08 at 94; Kreindler, Arbitration 47, 51; Drewitt & Wingate–Saul, Arbitration 39, 44].
7. La CNUDMI, en su 39ª sesión celebrada en el mes de julio de 2006, aprobó una recomendación sobre la interpretación de los Arts. II y VII de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante Convención de Nueva York) y recomienda la siguiente interpretación del párrafo 2) del Art. II de la Convención: “que se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”.
8. A su vez La Asamblea General de la CNUDMI, en su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, revisó el Art. 7 de la Ley Modelo con objeto de adecuarlo a la realidad configurada por la evolución de la práctica en el comercio internacional y los avances tecnológicos.
9. Según la Nota explicativa de la secretaría acerca de la Ley Modelo, en su versión enmendada en 2006, la disposición original de 1985 relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje (Art. 7) sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del Art. II de la Convención de Nueva York. Conforme a éste se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, pero se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio “que deje constancia de su contenido en cualquier forma”. Esta disposición, según la Nota explicativa, abarca la situación en que “la referencia hecha en un contrato a un documento” (por ejemplo, uno en el que consten las condiciones generales) “que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. De ese modo se aclara que es posible remitirse al derecho de los contratos aplicable para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que supuestamente consta en un documento al que se “hace referencia”.
10. En la opción II del Art. 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma, y que es la que han adoptado los países de las partes implicadas y que por tanto es de aplicación para juzgar la validez del acuerdo.

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

11. La Comisión solo expresó que los Estados promulgantes podrían examinar ambas opciones y escoger una u otra según convenga a sus necesidades concretas, por referencia al contexto jurídico en que se promulgue la Ley Modelo, inclusive los principios generales del derecho de los contratos de cada Estado promulgante.
12. A su vez establece la nota explicativa que “la finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York”. Según Gary B. Born. “El efecto de la opción II es dispensar de cualquier requerimiento de forma, dejando tan solo como elemento sustantivo el consentimiento”. [Born].
13. Con esta exposición, la Demandante quiere hacer notar la corriente consensualista existente que tiende hacia una flexibilización del requisito formal en los acuerdos de arbitraje. De esta forma, si en la redacción original del art 7 de la Ley Modelo se aceptaba como válida el acuerdo arbitral formado por una cláusula compromisoria que hace referencia a otro documento separado (*vid.* ¶9), es lógico pensar que la opción II del art 7 al estar imbuida de ese espíritu consensualista y pro arbitraje tendrá una permisibilidad si cabe mayor en lo que a forma del acuerdo se refiere.
14. En la historia de la institución de la forma puede observarse una gradual transición del formalismo al consensualismo o dicho de otra forma una progresiva espiritualización de las formalidades del convenio arbitral. En sus orígenes romanos los actos jurídicos tendían a ser formalistas. Dichos formalismos han, paulatina pero asiduamente, tendido hacia su reducción. Como resultado, hoy nuestros códigos adoptan como regla general el consensualismo. El paradigma actual es que la forma constituye un elemento accidental del negocio jurídico, lo cual lo distingue del paradigma antiguo; en derecho romano la forma era un elemento esencial en tanto que se identificaba con el negocio jurídico mismo.
15. Respecto al consentimiento, la jurisprudencia arbitral más reciente considera que la referencia a condiciones generales o a un contrato estándar, que incluye un acuerdo arbitral, constituye una prueba fehaciente de la existencia del consentimiento para someterse a arbitraje. A fin de determinar si una parte está obligada por acuerdo arbitral incorporado por referencia, cabe citar la actuación de los tribunales franceses quienes tan solo tienen en consideración la intención de las partes y las circunstancias particulares del caso bajo análisis con independencia de la ley que rija el acuerdo arbitral. Ese es el criterio que recientemente la Corte de Casación Francesa adoptó en el caso [SOERNI *v.* ASB case].
16. En casos anteriores, La Corte de Casación Francesa adoptó un criterio similar. Por ejemplo, en el caso, [Dalico Contractors *c.* Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb] al igual que en – SOERNI *c.* ASB– la Corte de Casación Francesa determinó que la validez de un acuerdo arbitral depende principalmente de la intención común de las partes, independientemente de la ley que rija el contrato principal o de cualquier otra ley nacional que pueda resultar aplicable al acuerdo arbitral. Este análisis es consistente con la idea del consentimiento como presupuesto necesario de validez de la jurisdicción arbitral.
17. Siguiendo esta línea argumental es evidente que dado que todas las partes han vertido su consentimiento de una u otra forma sobre los Documentos que contienen las cláusulas conformantes del acuerdo, el acuerdo existe y es válido al amparo del Art. 7 (opción II), de la Ley Modelo, conforme a todo lo expuesto al respecto en párrafos precedentes. En lo concerniente al consentimiento quedará demostrado que el mismo existe en el apartado B.

B. Todas las partes están vinculadas por el acuerdo de arbitraje

18. Tanto CASA VERDE, como CANUDOIL y SVA Transportes se encuentran vinculadas a la cláusula 5 del Conocimiento de Embarque, y en consecuencia deben dirimir la controversia que ha surgido en el transcurso de la relación contractual que mantenían las tres partes sometándose al procedimiento arbitral que se determina por la aplicación de dicha cláusula. Esta vinculación se encuentra fundamentada en los párrafos siguientes.

19. El principio de relatividad de los contratos establece que los derechos y obligaciones derivados de un acuerdo de arbitraje se aplican exclusivamente a las partes de dicho acuerdo; es una simple consecuencia de la aplicación de la teoría de la privacidad de los contratos, reconocida tanto en el sistema Common Law como en el sistema Civil Law.
20. Asimismo, las Convenciones Internacionales y las legislaciones internas estatales sobre Arbitraje adoptan el ampliamente reconocido principio citado anteriormente. De este modo, el Art. II del Convenio de Nueva York, en su apartado uno establece: *“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”*. Por tanto, podríamos decir que implícitamente el Convenio de Nueva York reconoce la existencia de límites subjetivos de aplicación de los acuerdos arbitrales, los cuales vinculan únicamente a las partes que han concertado dirimir las posibles disputas mediante arbitraje internacional.
21. De la misma manera, el Art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional define el acuerdo arbitral como *“un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.”* Por consiguiente, para quedar vinculado a la cláusula arbitral de un contrato o acuerdo, así como para tener acción para comenzar el proceso de Arbitraje, es precisa tanto la existencia del Acuerdo Arbitral, que ya ha quedado demostrada en apartados precedentes, como ser parte de dicho acuerdo.
22. Llegados a este punto, comienza la cuestión controvertida sobre quién y bajo qué circunstancias puede ser considerado parte de un Convenio Arbitral. Conviene recordar aquí la Recomendación sobre la interpretación de los Art.s II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York aprobada por la CNUDMI, en su 39ª sesión celebrada en el mes de julio de 2006; y la Resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de la CNUDMI revisando el Art. 7 de la Ley Modelo, explicadas en el apartado A, que evidenciaban a una progresiva espiritualización en la formación del contrato y por tanto en la forma de la aceptación de las partes.
23. Dicha espiritualización ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a admitir la consideración como parte, y por tanto, la vinculación de un no-firmante al Acuerdo Arbitral, basándose en principios generales de la Teoría de los Contratos [*Thomson-CFS, SA v. Am. Arbitration*]. Por tanto, “el mero hecho de que una parte no haya firmado un acuerdo de arbitraje, no significa que no pueda estar vinculada a él” [*Interocean Shipping Co. v. Nat'l Shipping and Trading Corp.*]. En este sentido se ha interpretado también el citado artículo del Convenio de Nueva York, de forma tal que no debe considerarse la firma como un requisito esencial para la formación de un acuerdo arbitral.
24. Las teorías que han sido invocadas en los diferentes sistemas legales para vincular a entidades que no han formalizado el Acuerdo de Arbitraje son principalmente las relativas a la agencia, el alter ego, el consentimiento implícito, los grupos de empresa, el *estoppel*, el tercero beneficiario, el garante, la subrogación, la sucesión y la ratificación o asunción posterior. [*Whitesell & Silva-Romero, Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*]. Podemos afirmar en consecuencia que un sujeto es realmente parte de un Acuerdo de Arbitraje cuando de sus acciones y comportamiento se deduce de forma evidente la voluntad de sometimiento al acuerdo, supliendo de este modo la falta de su firma en la formalización del mismo. Por ello, afirmamos que el hecho de que CASA VERDE solicite el Conocimiento de Embarque [DOC. SOL. N°3] junto con el Certificado de Calidad [DOC. SOL. N°4] y el Certificado de Origen [DOC. SOL. N°5] implica su propio reconocimiento y aceptación como parte vinculada por dicho Conocimiento de Embarque aunque no lo haya firmado.

25. En la misma línea, varias Cortes nacionales han sostenido que el requisito de ser parte del acuerdo para quedar vinculado a él recogido en la Convención de Nueva York, queda satisfecho por la aceptación tácita de un presupuesto o documento que recoja tal Acuerdo Arbitral, especialmente cuando dicha aceptación supondrá la recepción del cumplimiento de las obligaciones contractuales. [*Israel Chem. & Phosphates Ltd v. NV Algemene Oliehandel*].
26. Asimismo, la interpretación del Art. 7 de la Ley Modelo permite considerar como parte a un sujeto basándose en su tácito o implícito consentimiento, cuando la otra parte expone el Acuerdo Arbitral y éste no niega su válida existencia. [*William Co. v. Chu Kong Agency Co. Ltd*].
27. Consideramos a CASA VERDE un tercero beneficiario del Conocimiento de Embarque, y de la misma forma que queda obligada en virtud de dicho título–valor a la recepción de las mercancías, también está vinculada por su cláusula arbitral y puede por tanto, invocarla. [*Nauru Phosphate Royalties, Inc. V. Drago Daic Interest, Inc.*].
28. Confirmando todo lo expuesto anteriormente, encontramos dentro de las Reglas Generales aplicables a la Formación de los Contratos la Teoría del Conocimiento, que evidencia la flexibilización de los requisitos formales que debe cumplimentar la cláusula de arbitraje conforme a los Convenios Internacionales citados. En el contexto de relaciones contractuales multi–parte, es fundamental el hecho de que la parte no–firmante, es decir, CASA VERDE, conocía la existencia del Acuerdo Arbitral entre las otras dos partes, CANUDOIL y SVA Transportes. Esto supone un consentimiento implícito de dicho Acuerdo, e incluso, una parte de la doctrina lo considera una nueva forma de arbitraje: “Arbitraje por conocimiento” cuando existe una relación comercial estrecha entre las partes. [*Youssef, pp. 134–161*].
29. De los hechos resulta evidente que CASA VERDE estaba al corriente del contrato suscrito entre CANUDOIL y SVA Transportes y conocía la cláusula arbitral contenida en el Conocimiento de Embarque. En virtud de este conocimiento, los tribunales tienden a extender la cláusula de arbitraje al tercero que conoce, en este caso, CASA VERDE. [*CCI n° 7804, 1995*].
30. Refuerza la posición como parte de CASA VERDE, su conocimiento y consentimiento del Acuerdo Arbitral, su propia conducta de invocar la cláusula arbitral n° 5 del Conocimiento de Embarque en el momento en el que surge una controversia y querer resolverla en función de lo establecido en dicha cláusula. [*CCI n°s 7604 y 7610*].
31. Esta interpretación se ve igualmente respaldada, y por tanto las partes están también vinculadas en virtud de la Teoría de los Grupos de Contratos. Dicha teoría sería aplicable debido a la existencia de dos contratos distintos: (un contrato de compraventa de crudo entre CASA VERDE y CANUDOIL y un contrato de transporte marítimo entre CANUDOIL y SVA Transportes) pero que “responden a una misma causa” [*Terré, pp.368–375*], y “persiguen un fin común” [*CCI n° 3493*]. Por tanto, la controversia surgida de los diferentes contratos independientes debe ser tratada como un todo.
32. Basándonos en los hechos, podemos afirmar que el contrato de transporte se subordina al contrato de compraventa de crudo, ya que resulta inherente a la propia estructura de la operación económica que nos ocupa. El contrato de transporte no tendría razón de ser si no existiese previamente el contrato de compraventa. Por otro lado, el contrato de transporte es imprescindible en vista a que el crudo llegue a su destino. Es por esta “subordination intellectuelle” entre los diferentes contratos la que permite encubrir la existencia de una única operación contractual [*Comentario Casos: March 5, 1991 –Pepratx v. Fichou; March 29, 1990–Société Sofremines v. Société Samin. Laurent Aynès. Revista Arbitraje 1992, p.72*].
33. La estrecha relación existente entre los dos contratos queda reflejada en el hecho de ser solicitado por CASA VERDE por motivo de su contrato de compraventa con CANUDOIL, el Conocimiento de Embarque [*DOC. SOL. N°3*], y que dicho documento y la información contenida en él fueran en un principio causa de la aceptación del contrato de compraventa.

34. En este contexto de contratos vinculados, numerosas Cortes nacionales y Tribunales Arbitrales han concluido que en el caso de dos contratos formalizados bajo el mismo objetivo económico, al surgir una controversia respecto a dicho objetivo económico, la cláusula arbitral de uno de los contratos es aplicable al otro; lo que además, entienden que es la verdadera intención de las partes [*ICSID Award No. ARB/82/1*].
35. En consecuencia, solicitamos que de no considerarse a CASA VERDE como parte directamente vinculada por el Conocimiento de Embarque, se someta al Arbitraje establecido en la cláusula 34 de la Póliza de Fletamento por remisión de la cláusula n° 5 del Conocimiento de Embarque en virtud de la Teoría del Grupo de Contratos, así como por las generales consideraciones de eficiencia derivadas del Principio General de Economía Procesal.
36. Por tanto, concluimos este apartado asegurando que no cabe duda alguna sobre la aplicabilidad de la cláusula arbitral al contrato de transporte, así como de la vinculación a CASA VERDE, pues forma parte de la misma operación comercial, aun cuando CASA VERDE no haya firmado el Conocimiento de Embarque. De esta forma, las tres partes están inevitablemente vinculadas al Acuerdo Arbitral.

C. Las disputas derivadas de la compraventa son subsumibles en el ámbito objetivo de la cláusula 5 del conocimiento de embarque

37. La cláusula 5 del Conocimiento de embarque [*DOC. SOL N° 3*] establece: “*Cualquier disputa que pueda surgir entre las partes en relación con este conocimiento de embarque se resolverá conforme a lo estipulado en la cláusula 34 de la póliza de fletamento referida en el anverso*”.
38. El Conocimiento de Embarque en su apartado “*Descripción de la mercancía (por el cargador)*” dispone que el crudo es “Procedente de Paradisia (gravedad API 33°–38°)”. Estos datos consignados son falsos porque fueron redactados y emitidos a posteriori en base al certificado de calidad erróneamente redactado como reconoce la parte demandada [*RES., para 7*]. A su vez estos documentos, conocimiento de embarque y certificados de calidad y origen, constituyeron la base sobre la que CASA VERDE realizó el pago del precio.
39. Por tanto, debe entenderse que la compraventa debe quedar subsumida dentro del ámbito objetivo de la cláusula 5 del Conocimiento de Embarque, ya que el mal entendido a cerca del crudo surge por los datos erróneamente consignados en dicho documento.
40. De este modo el Tribunal arbitral podrá entrar a conocer todo lo referente a la disputa surgida entre CASA VERDE y CANUDOIL en relación con el contrato de compraventa, ya que como se ha puesto de manifiesto, el mismo se concretó en base a la recepción del conocimiento de embarque, y dicho conocimiento de embarque contenía datos erróneos; por tanto es evidente que se trata de una disputa que tiene relación con el conocimiento de embarque y que por tanto está dentro del ámbito objetivo de la cláusula arbitral.
41. A su vez el Tribunal va a ser competente para entrar a dilucidar todos los problemas derivados de la contaminación del crudo durante la travesía, pues el conocimiento de embarque es un contrato para el transporte, de forma que cualquier problema que pueda surgir durante el mismo queda subsumido en la dicción de “*cualquier disputa que pueda surgir en relación con este conocimiento de embarque*” de la cláusula 5.
42. En el Art. 35(1) CNUCCIM, se establece que “*El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato*”. Las dos disputas acerca de la calidad del crudo lo son tanto por los grados, como por la contaminación por agua, afectando tanto a CANUDOIL como a SVA Transportes.
43. Todo ello se establece en base a la “presunción pro-arbitraje”, por el cual, las disputas que surjan en relación con un hecho van a ser resueltas por un mismo tribunal arbitral en un único proceso.

Los tribunales en la mayoría de jurisdicciones han concluido que, la frase “*en relación con*”, extiende el arbitraje a las disputas que tengan que ver con cualquier hecho fáctico que afecte a las partes (CASA VERDE, CANUDOIL y SVA Transportes), quedando de dicho modo incluida en el ámbito objetivo de la cláusula 5 del Conocimiento de Embarque, tanto la disputa por la gravedad del crudo, como la contaminación por agua del mismo, cuestiones relativas al contrato de compraventa y al contrato de transporte, respectivamente.

44. Los Tribunales han acordado uniformemente que, si dos acuerdos entre las mismas partes, están íntimamente relacionados, teniendo uno su origen en el otro, o siendo complementarios, las disputan que puedan surgir se deben de remitir a un tribunal arbitral para decidir las conjuntamente.
45. Es por ello que la Demandante estima que el Tribunal Arbitral tiene competencia para dirimir las controversias que surjan en relación con la contaminación por agua del crudo, así como por el contrato de compraventa.

SEGUNDA: LA SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL ES MATRICE

46. La sede del Tribunal Arbitral no debe ser Altiplania, por la aplicación del principio *contra proferentem* en la interpretación conjunta de las cláusulas del conocimiento de embarque, la póliza de fletamento y su remisión a la cláusula 57 de las condiciones generales de la fletante; en el sentido que no puede entenderse como válida tal remisión por faltar los requisitos más elementales de información [A]. En su lugar debe de aceptarse como sede Matrice, la elección de la demandante, en virtud del art 75 de las Reglas de Rotterdam [B].

A. Aplicación del principio *contra proferentem* en la interpretación de las cláusulas 5 del conocimiento de embarque y 34 de la póliza de fletamento para excluir del acuerdo la remisión a la cláusula 57 de las condiciones generales de la fletante que establece Altiplania como sede arbitral

47. En la medida en la que en ningún momento CASA VERDE pudo conocer, conforme una práctica diligente, la existencia de las condiciones generales de contratación de la fletante [DOC. SOL N°21], no puede serle aplicable el contenido de las mismas. Ello se debe a que no pudo verter un consentimiento válido acerca de un término del contrato que en ningún momento llegó ni pudo llegar a conocer conforme a una diligencia ordinaria, siéndole imputable esa omisión a CANUDOIL.
48. Se está produciendo una desinformación imputable a CANUDOIL, ya que a CASA VERDE tan solo se le remitió el Conocimiento de Embarque, [DOC.SOL N°3], el certificado de origen [DOC.SOL N°4], y un certificado de calidad [DOC.SOL N°5]. Una vez fue verificado que la calidad y cantidad de la mercancía cargada, según los documentos recibidos, se correspondía con las características fijadas en el acuerdo de compraventa, CASA VERDE ordenó el pago del precio acordado a través de transferencia internacional [DOC.SOL N°6]. Se demuestra así que CASA VERDE no conocía los términos del acuerdo de arbitraje contenido en las condiciones generales de SVA Transportes, pues en ninguno de los documentos que recibió se hacía mención a las mismas.
49. De esta forma, como se ha expuesto anteriormente (*vid.* ¶4) la Demandante entiende que el acuerdo de arbitraje está formado tan solo por la conjunción de las cláusulas 5 del Conocimiento de Embarque y 34 de la Póliza de Fletamento, quedando excluida la remisión a las condiciones generales de la fletante, en particular a la cláusula 57, que establece la sede del tribunal arbitral [DOC. SOL. n°21]. Todo ello en virtud del principio *contra proferentem* que es de aplicación a este supuesto como viene siendo práctica habitual en este tipo de contratos que incorporan términos recogidos en condiciones generales a las que se remite por referencia, y cuyo

conocimiento supone un deber de diligencia mucho más elevado del habitual y por tanto excesivo y no exigible, pudiendo omitirse aquellos términos o interpretarse a favor de la parte débil y desinformada.

50. Citando a Gary B. Born “...es casi uniformemente sostenida la aplicación generalizada de la Tª general de contratos a la interpretación de los acuerdos de arbitraje internacionales [*Born; Thomson–CFS, SA v. Am. Arbitration*]. Los tribunales arbitrales se refieren con rotundidad a la aplicabilidad general de los cánones de la interpretación contractual, a menudo no derivados de ninguna legislación nacional en particular, para la determinación del significado y alcance de dichos acuerdos”. [*Preliminary Award in ICC case No.2321; Partial award in ICC case No. 7920; Interim award in ICC case n.º.7929*]. “...estas reglas sobre interpretación de contratos, generalmente aplicadas, incluyen principios reconocidos internacionalmente como el Contra proferentem” [*Mastrobouno v. Shearson Lehman Hutton, Inc., Paul Revere Variable Annuity Ins. Co. V. Kirschhofer; Shaw Group.inc. v. Triplefine Int’l Corp.; SA Alfac v. Société Irmac Importação, comercia e industria Ltda*]
51. Esta regla se encuentran ligada en sus orígenes a la formalidad característica de la estipulatio romana. En efecto, ésta se caracterizaba por tener una estructura formal, en la cual el estipulante formulaba una pregunta que determinaba el contenido, mientras que el promitente debía de responder afirmativamente con el mismo verbo utilizado por el estipulante, aceptando íntegramente las condiciones del negocio establecidas en la pregunta y en consecuencia, sin posibilidad alguna de introducir cambios o de imponer nuevas condiciones. En este escenario, la jurisprudencia romana consideró que “cuando en una estipulación se duda de cuál sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula” (D.34,5,26) esta regla se encuentra igualmente formulada en otros términos en otros fragmentos: (D.45,1,38,18 y D.45,1,99,pr.). También se recoge en el Digesto “que un pacto oscuro o ambiguo perjudique al vendedor y al que arrendó en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley [del contrato]” (D.2,14,39). [*Digesto*]
52. Para Javier M. Rodríguez Olmos “...la extensión concepto de debilidad a todo tipo de contratos sería vista como testimonio del surgimiento de un nuevo paradigma de contrato, que precisamente tendría como elemento característico la asimetría del poder contractual, la cual para algunos autores (*E. Gabrielli, sulla nazione del consumatore, cit., 251; S.Pinto O; “la información como instrumento de protección al consumidor en el contrato”, en revista de la facultad de ciencias políticas y jurídicas UCV, 2006, 115.*) se reduciría a un problema de asimetría de la información”. [*Rodríguez Olmos, “contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista”*].
53. Por ello, y como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad e información que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predispuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables. En este sentido lo lógico es entender que el acuerdo de arbitraje no establecía nada respecto de la Sede, ya que para ello se remitía a un documento que en ningún momento CASA VERDE tuvo la posibilidad de conocer, puesto que como ya se ha señalado (*vid. ¶48*) tan solo recibió el conocimiento de embarque, en el que solo se hace mención a la Póliza de fletamento, y nada se establece acerca de las Condiciones generales de contratación de la fletante.
54. La Demandante entiende que en virtud del principio de economía procesal y de la Teoría del grupo de contratos, conforme a todo lo expuesto al respecto de este principio en apartados precedentes de este escrito, SVA Transportes también se ha de ver vinculada por la presente interpretación del acuerdo arbitral.

B. Determinación de Matrice como sede del procedimiento arbitral en virtud de la aplicación del Art. 75 de las Reglas de Rotterdam

55. Al no serle aplicable a CASA VERDE la Sede arbitral determinada en función de las Condiciones Generales de la Fletante por lo defendido en el apartado A de esta cuestión, la Demandante acude a las Reglas de Rotterdam para establecer la sede del procedimiento arbitral en los términos que se desarrollan a continuación.
56. La determinación de la sede del Tribunal Arbitral tiene importantes consecuencias jurídicas para las partes en un Arbitraje Internacional y puede alterar materialmente el proceso y la resolución arbitral. [*Craig, Park & Paulsson*, § 12.01.]. Es por ello, que CASA VERDE, como se ha indicado anteriormente, no acepta la sede resultante de las Condiciones Generales de la fletante, sino que defiende la aplicación del Art. 75 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo.
57. Conviene recordar el reconocimiento a la libertad de las partes para fijar la sede del arbitraje establecido en el Art. 20.1 de la Ley Modelo, que textualmente dice: “Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.” Por tanto, al no existir acuerdo entre las partes, ya que CASA VERDE no admite Altiplanía como sede del Arbitraje, solicita al Tribunal que determine como lugar de arbitraje Matrice, siguiendo las Reglas de Rotterdam.
58. El Art. 75 de las Reglas de Rotterdam dispone que el procedimiento arbitral deberá tener lugar a elección del la parte que dirija la reclamación contra el porteador, es decir, en este caso, faculta a CASA VERDE a escoger entre una serie de supuestos enumerados en el citado artículo, de los cuales la demandante ha escogido la Opción III) el lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte. De este modo, La demandante solicita al Tribunal el inicio del procedimiento en la ciudad de Matrice, situada en el Estado de Madre Patria, donde se halla el Puerto de Tarraco.
59. Siguiendo el Art. 75 de las Reglas de Rotterdam encontramos, en sus apartados tercero y cuarto, otro argumento que se suma al desarrollado en el apartado anterior de la presente cuestión; y es la inaplicabilidad a CASA VERDE de la sede designada en la cláusula arbitral de las condiciones generales del fletante. El apartado cuarto, dice que una persona que no sea parte en el contrato volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje concertado conforme al párrafo tres del Art. 75 si concurren los presupuestos establecidos en dicho Art. a tal efecto. Y en el caso que nos ocupa, no se cumple el tercero de estos presupuestos: “ *c) Dicha persona (aquella que no sea parte del contrato de volumen, CASA VERDE) haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el lugar de arbitraje*”. Como se deduce de los hechos y de lo expuesto en el apartado anterior, debido a la doble remisión, CASA VERDE no tenía posibilidad de conocer el lugar de arbitraje, y por tanto, no le es de aplicación en virtud de las Reglas de Rotterdam, que por otro lado, según se explicita en el párrafo anterior, si le facultan para solicitar al Tribunal que declare como sede arbitral la ciudad Matrice.
60. Destacamos de nuevo la importancia que tiene la determinación de la sede arbitral, porque si bien, respecto a la alternativa ofrecida por el porteador no varía la *lex arbitri* aplicable a la controversia, por coincidir el lugar indicado por la demandante con la sede de la institución arbitral referida en la póliza de fletamento, la Corte de Arbitraje de Madrid, si tiene consecuencias prácticas que podrían hacer demasiado oneroso el procedimiento arbitral.
61. Al coincidir el lugar designado por CASA VERDE, Matrice, con la sede de la institución arbitral así como con el lugar de entrega de las mercancías y por tanto, donde radica el crudo, supone una gran ventaja logística en aras a inspeccionar el crudo, obtener pruebas y esclarecer los hechos

para depurar responsabilidades que hacen más eficiente todo el proceso arbitral, así como la posterior ejecutabilidad del laudo. [*Craig, Park & Paulsson*, § 7.02.].

62. Consideramos que dadas las circunstancias y los hechos probados, especialmente la situación del crudo, hacen de la ciudad de Matrice el lugar más neutral, adecuado y eficiente para ser la sede del Tribunal Arbitral, y no supondría en ningún caso una situación más ventajosa de una parte sobre otra, como sí lo sería la elección Altiplania establecida en las Condiciones Generales.
63. En consecuencia, podemos concluir, que Matrice es el lugar idóneo para que este Tribunal lo determine como lugar de la sede del procedimiento, en consonancia con las Reglas de Rotterdam y con las circunstancias fácticas de la controversia analizada en esta cuestión.

TERCERA: LA INEXSISTENCIA DE CONTRATO ESCRITO ENTRE CASA VERDE Y CANUDOIL Y LA CONSECUENTE INAPLICABILIDAD DE LA CLAUSULA 20

64. Por último, en el documento que pretendía ser la formalización del contrato de compraventa remitido por CANUDOIL a CASA VERDE [*DOC. SOL. N°10*], la cláusula 20 establece que: *“Cualquier disputa o controversia surgida entre las partes en cuanto a la determinación de la calidad del crudo deberá resolverse mediante recurso a arbitraje de calidad, sometido a la determinación de un experto elegido de común acuerdo por las dos partes, y sometido a las reglas del instituto. Ello no supondrá, en ningún caso, la renuncia por las partes al recurso a otros mecanismos de resolución de controversias, en la medida en que se trate de preservar los derechos de las mismas”*.
65. La Demandante niega que dicha cláusula constituya un verdadero acuerdo arbitral que vincule a ambas partes.
66. Pudiera pensarse que en consonancia con el discurso de la progresiva espiritualización del requisito formal que se ha mantenido al respecto en párrafos procedentes, debiera entenderse como válido el acuerdo arbitral. Pero lo cierto es que, aunque de facto exista un email [*DOC.SOL n°11*] en el que se explicita la conformidad con todo el documento excepto con la determinación de la calidad del crudo, del que puede inferirse un consentimiento tácito a la cláusula 20, dicho argumento no se sostiene porque los presupuestos básicos que fundamentan la existencia del acuerdo, el consentimiento, la actuación de las partes etc., no se aprecian como vamos a evidenciar a continuación.
67. Se entiende, conforme a lo alegado al respecto de la validez del acuerdo de arbitraje de la cláusula n° 5 del Conocimiento de Embarque, que el requisito formal no es necesario; de este modo la cuestión de la existencia del acuerdo de arbitraje pasa por determinar si efectivamente hubo acuerdo de voluntades, en el sentido de la idea del consentimiento como presupuesto necesario de validez de la jurisdicción arbitral y para cuya constatación solo se debe tener en consideración la intención de las partes y las circunstancias particulares del caso bajo análisis. [*Dalico Contractors c. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb*].
68. Es innegable que CASA VERDE contesta en el [*DOC.SOL n°11*] diciendo que ha examinado el contrato y que está conforme. Pero de este email no puede inferirse la voluntad de la demandante a someterse a la cláusula 20, ya que se trata de un único email en el contexto de una conversación vía email, es decir, de un canje de notas siguiendo la terminología de la CNUDMI. Así al igual que en una negociación se aceptan términos de un contrato impuestos por la contraparte supeditando dicha aceptación a la ulterior cesión de la contraparte en otros, el hecho de que se manifestase la aceptación por parte de CASA VERDE responde a la creencia de que había un error en la redacción del documento, manifestando repetidamente su disconformidad con el documento cuando CANUDOIL respondió que tal error no existía. Es por ello que queda demostrado que si bien CASA VERDE, en un primer momento, pudo manifestar implícitamente

su voluntad de quedar vinculada por la cláusula 20, posteriormente su voluntad cambia y el acuerdo de voluntades necesarios para la validez del acuerdo arbitral no llega a surgir.

69. Sería del todo injusto que el primer reconocimiento, que no es sino una manifestación de la buena fe y de la confianza en la contraparte que debe presidir toda negociación, actuara en contra de la Demandante
70. Todo lo expuesto queda reforzado si se examina el ulterior comportamiento de la Demandante, ya que solicitó un análisis de la calidad del crudo por un experto independiente [*DOCS.SOL n°15 y 16*]. Si se entendiese sometida a la cláusula arbitral del Documento habría recurrido a ella, ya que supone un gasto extra solicitar servicios que con vistas a un posterior arbitraje de calidad no van a ser de utilidad.
71. Además en previsión del posible razonamiento por parte de las Demandadas, en el sentido de que alegasen la Tª de la Separabilidad del acuerdo de arbitraje; se hace notar que si bien la presunción de separabilidad es uno de los principios clave de arbitraje internacional, no es absoluto, ya que hay ocasiones en que un vicio que atenta contra la raíz del acuerdo entre las partes, afecta tanto al contrato principal como a la cláusula de arbitraje. “En determinados casos los tribunales han considerado que las causas que han invalidado el contrato principal, invalidan de la misma forma el acuerdo de arbitraje. Cuando se alega defecto en la formación del contrato principal, siempre afecta a la validez del acuerdo de arbitraje. (Gary B. Born) Y en este sentido falta un requisito esencial en ambos, el consentimiento de las partes.
72. Subsidiariamente, en caso de que el tribunal estime la aplicación de la cláusula 20 de dicho contrato, no aceptado en ningún momento, como hemos reiterado anteriormente, por CASA VERDE; en virtud del principio de economía procesal debería de entenderse como una prueba a realizar por el mismo tribunal a lo largo del proceso.

CUESTIONES RELATIVAS AL FONDO DEL ASUNTO

CUARTA: CANUDOIL INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SEGÚN EL ART. 35 CNUCCIM

A. CANUDOIL incumplió el contrato según el art. 35(1) CNUCCIM al entregar crudo que no era de la calidad pactada

73. En el contrato de compraventa de 20 de octubre de 2010, CASA VERDE comunicó expresamente su interés en adquirir 188805,115 barriles de crudo ligero y dulce, como el negociado en el pasado. Por consiguiente, CANUDOIL estaba obligado a entregar crudo entre 38° y 33° API y con menos del 0,5% de concentración de azufre.

I. CANUDOIL sabía o no podía ignorar la intención de CASA VERDE

74. El Art. 8(1) CNUCCIM prevé: *“a los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención”*, lo que la doctrina denomina el estándar subjetivo para interpretar las declaraciones de las partes. El Art. 8(3) CNUCCIM nos señala los elementos a tener en cuenta en esta labor interpretativa *“todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”*.
75. La intención de CASA VERDE era adquirir crudo ligero y dulce, el único que utiliza en su proceso productivo (38° y 33° API y menos del 0,5% de concentración de azufre), tal como ocurrió en la satisfactoria transacción de agosto de 2009. En aquella compraventa se adquirió crudo procedente de Farsia que se caracteriza por poseer una gravedad API de 33°–38° [ORD.PROC. N°2], perfecta para los propósitos de CASA VERDE en cuanto a calidad de los productos finales y costes de refinería.
76. La petición de Julia Urquidí en la conversación telefónica de 30.000 m³ de crudo ligero y dulce ha de interpretarse conforme a esta intención, pues CANUDOIL la conocía o no podía ignorarla, habida cuenta de los términos de la transacción de agosto de 2009. Otro indicio que pone de manifiesto la intención de CASA VERDE es la insistencia de Julia Urquidí en la importancia de la calidad del crudo, por la que pregunta expresamente y obtiene una respuesta satisfactoria cuando Pantaleón le contesta que sus productos siempre fueron de buena calidad en el pasado [DOC. SOL. N° 2]. Teniendo en cuenta que CASA VERDE solo trabaja un tipo de crudo no se puede entender como CANUDOIL tras haber trabajado con ellos envía un crudo distinto del negociado anteriormente.
77. La fórmula “no haya podido ignorar cuál era esa intención” puede entenderse de tal forma que se refiera a una intención clara y fácil de comprender o que implique que en la práctica las circunstancias exigían hacer indagaciones [Schlechtriem, Art 8, para 18, p 154]. En nuestro caso no cabe duda de que el conocimiento por CANUDOIL, puesto que se trataba de un experto en el sector, de que un crudo de 31° API en la mayoría de los países se considera pesado [Michael N. Tamvakis, *Commodity Trade and Finance*, p 50] y del contenido de la anterior transacción con CASA VERDE, eran circunstancias que exigían averiguar más sobre el significado del término ligereza.

II. Una persona razonable habría comprendido la intención de CASA VERDE

78. El Art. 8(2) CNUCCIM establece un estándar objetivo de interpretación: *“Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”*. Este artículo no hace más que reforzar la postura que mantenemos

de que CANUDOIL debería haber actuado conforme a la compraventa anterior de agosto de 2009 y no enviando un crudo que es calificado como pesado, pues no es razonable pensar que una empresa va a adquirir un crudo con el que no trabaja.

79. El paradigma interpretativo aplicable será el de un profesional del ramo, una persona razonable en el mismo negocio [*Schlechtriem, Art 8, para 21 y 25, p 156 y 157*]. CANUDOIL, experto en el sector, en ningún caso debió comprender el significado de “crudo ligero” como un petróleo de 31° API, pues la mayoría de estándares internacionales como la definición de The New York Mercantile Exchange (NYMEX) (37°– 42° API para crudo americano y 32°– 42° API para el resto) y los crudos ligeros de referencia Brent (38,06° API) y WTI (39,6° API), calificarían un crudo de 31° API como pesado.
80. En cualquier caso, un profesional razonable en el negocio habría entendido que si en el pasado se envió crudo con unas características determinadas de ligereza, cuya alteración (aumento de la densidad) conlleva costes adicionales de refinado y un menor valor del producto final, entonces, en una transacción posterior (que además se trata de una compraventa de reemplazo) con la misma empresa debería haberse atendido al significado que “ligero” tenía en la operación anterior que resultó satisfactoria para ambas partes.

III. El crudo entregado no era conforme a lo pactado en el contrato

81. El Art. 35(1) CNUCCIM prevé *“El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato”*.
82. El crudo entregado por CANUDOIL no cumple con las especificaciones contractuales en lo concerniente a la calidad. La calidad se entiende como la condición física de los bienes, así como todas las circunstancias fácticas y jurídicas relativas a la relación de los bienes con su entorno. Cualquier discrepancia en la calidad debe entenderse como una falta de conformidad en los bienes, salvo que los usos del sector lo admitan [*Schlechtriem, Art 35, para 9, p 572 y 573*], (cosa que en el tráfico de petróleo y *commodities* en general no ocurre, pues se exige un alto grado de precisión).
83. La entrega de crudo pesado (31° API) es una discrepancia clara entre la condición física de los bienes entregados y la de aquellos que CANUDOIL estaba contractualmente obligado a entregar, por lo que el incumplimiento del contrato conforme al Art. 35(1) CNUCCIM es claro.

B. El crudo no era adecuado para el uso específico hecho saber a CANUDOIL, lo cual implica un incumplimiento contractual en virtud del Art. 35(2) CNUCCIM

84. El Art. 35(2) CNUCCIM establece una serie de criterios objetivos para determinar la conformidad de los bienes que son aplicables en la medida en que el contrato no contenga o contenga insuficientes detalles acerca de los requisitos que deberán satisfacer los bienes para cumplir con lo establecido en Art. 35(1) CNUCCIM [*Schlechtriem, Art 35, para 12, p 575*].
85. El criterio a aplicar en este caso es el del uso específico contenido en el Art. 35(2)(b) CNUCCIM establece: *“Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor”*.

I. El crudo no era adecuado para el propósito específico hecho saber a CANUDOIL

86. Un crudo pesado como el entregado no es apto para el uso especial al que CASA VERDE iba a destinarlo. Está claro que el crudo ligero da mejores resultados y es menos costoso de refinar, y también que CASA VERDE como parte de su estrategia de negocio no trata otro. La

configuración de toda la cadena de valor de la empresa en torno al refinado y distribución de un crudo de unas determinadas características, en este caso de densidad y contenido en azufre, supone que un crudo diferente no será apto para los propósitos específicos de CASA VERDE, sea porque los productos obtenidos no serán de la calidad por la que la firma es conocida, sea por el aumento desproporcionado de los costes de producción, o sea incluso por la imposibilidad de procesar la materia prima por inadecuación de las instalaciones de refinado (debido a la especialización de CASA VERDE en crudos ligeros y dulces).

87. El uso especial debe ser hecho saber al vendedor expresa o tácitamente. No es necesario que esté contractualmente estipulado, de hecho una proposición en tal sentido de la República Federal de Alemania no recibió ningún apoyo en la Conferencia Diplomática que redactó la CNUCCIM. La razón es que tan severo requisito reduciría injustificada y desproporcionadamente la responsabilidad del vendedor por la inadecuación a un uso especial de los bienes vendidos.
88. No es necesario que el vendedor conozca el propósito específico, la doctrina dominante y el Derecho Americano estiman suficiente que el vendedor tuviera razones para conocer (pudiera razonablemente conocer) el uso especial al que los bienes irían destinados [*Schlechtriem, Art 35, para 22, p 581; Huber, P/Mullis, p 138; Staudinger/Magnus, Art 35, para 26 et seq; Karollus, p. 117; Enderlein & Maskow/Strobach, Art 35 note 11; MünchKomm/Gruber, Art 35, para. 11; Benedick, Informationspflichten, para 297*]. Además esta interpretación parece adecuada, por razones probatorias, ya que el conocimiento efectivo es enormemente difícil de probar (*probatio diabolica*).
89. CANUDOIL tenía sobradas razones para conocer la ineptitud del crudo pesado para el uso especial, como consecuencia de sus anteriores relaciones comerciales con CASA VERDE (*vid. ¶74y ss.*).
90. Por lo tanto, el crudo pesado que se entregó no era apto para el uso especial hecho saber por CASA VERDE a CANUDOIL.

II. CASA VERDE confió razonablemente en la competencia y el juicio de CANUDOIL

91. La confianza del comprador en la competencia y el juicio del vendedor, siempre que fuera razonable el depósito de tal confianza en las habilidades de la contraparte, es un requisito para que se aplique este precepto. Si dicha confianza existió o no deberá deducirse de las circunstancias del caso. Como regla general existirá esta confianza si el vendedor es un experto o un especialista en la producción o distribución de los bienes para ese uso específico del comprador o que, en cualquier caso, se presente como tal ante el comprador [*Schlechtriem, Art 35, para 24, p 582*].
92. Era razonable que CASA VERDE confiase en la competencia y juicio de CANUDOIL y así ocurrió, pues consideró que una firma que “se caracteriza por un conocimiento exhaustivo de los mercados más pujantes en la actualidad” [*DOC. RES. N° 2*] y con la que antes había concluido transacciones similares satisfactorias (*vid. ¶74 y ss.*), era digna de tal confianza. Por ello, CASA VERDE consideró suficiente señalar la importancia de la buena calidad (y calidad en el sector del crudo es densidad y contenido en azufre) preguntando Julia Urquidi expresamente sobre el particular en la conversación telefónica [*DOC. SOL. N° 2*].
93. Además, si existiese un conflicto entre la calidad pactada (*ex Art. 35(1) CNUCCIM*) y la exigida para el uso específico, y el vendedor lo conociera, el principio de buena fe exige que informe al comprador de ese hecho [*Schlechtriem, Art 35, para 24, p 582; Enderlein & Maskow, para 146*]. Es decir, teniendo CANUDOIL sobradas razones para saber que un crudo de 31° API no era apto para el uso especial, en ningún momento de las negociaciones o de la relación contractual, indicó que los bienes podían no ser adecuados a ese uso especial, ni expresó ninguna duda ni

preocupación sobre el significado que debía atribuir a las especificaciones pactadas con CASA VERDE.

94. Por lo tanto, CASA VERDE confío, y era razonable que confiara, en la competencia y el juicio de CANUDOIL.

QUINTA: LA FALTA DE CONFORMIDAD DEL CRUDO CON LO PACTADO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL SEGÚN EL ART. 25 CNUCCIM

95. El Art. 25 CNUCCIM prevé *“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”*. Este artículo define el concepto de “incumplimiento esencial”, condición previa para acceder a la resolución del contrato del Art. 49 CNUCCIM (entre otros medios de reparación del incumplimiento contractual).
96. El Art. 25 CNUCCIM a través de su imprecisa literalidad, transfiere a las partes; a sus mutuas preferencias expresadas en el contrato o detectables en las circunstancias de la transacción, el *onus definendi* del umbral a partir del cual un incumplimiento se debe considerar esencial [*Schlechtriem, Art 25, para 9, p 403*].
97. Los requisitos de un “incumplimiento esencial” del contrato son: la contravención de una obligación (A), el que dicha contravención suponga una privación sustancial de lo que la parte acreedora de la obligación incumplida tenía derecho a esperar en virtud del contrato (B), y, finalmente la previsibilidad de la privación por la otra parte o por una persona razonable de la misma condición en iguales circunstancias (C).

A. CANUDOIL incumplió su obligación de entregar crudo conforme con el contrato

98. CANUDOIL entregó crudo pesado (31° API), que no era conforme con la calidad pactada (“ligero y dulce”), ni con el propósito específico al que CANUDOIL pretendía destinarlo (*vid. CUARTA*).

B. La calidad del crudo era un interés esencial de CASA VERDE así expresado en el contrato y la entrega de crudo de una calidad inferior supone una privación sustancial

99. CASA VERDE se dedica al refinado de petróleo y distribución de productos derivados del mismo, tales como la gasolina, el gasoil, el fueloil o el queroseno. Es una empresa con más de 20 años de experiencia en el sector, y su producto final destaca por su alta calidad. [*SOL., para 17*]. Para conseguir dicha calidad, como veremos, es necesario un crudo ligero como el que pedía en el contrato y que no fue entregado.
100. Las refinerías de petróleo son extremadamente cuidadosas y prudentes en lo que respecta al aseguramiento del suministro puntual y constante de crudo, pues, como es lógico, la carencia de materia prima obliga a interrumpir o reducir el proceso productivo. Esta infrautilización de la capacidad productiva es enormemente costosa, no sólo en términos de oportunidad o lucro cesante, sino que en la práctica suele generar pérdidas directas por incumplimiento de los acuerdos de suministro con los clientes.
101. Para evitar tan tremendos perjuicios, CASA VERDE, como cualquier otra empresa de refinado, efectuó urgentes compras de reemplazo cuando pudo prever que su suministro de crudo se vería mermado, esta previsión no pudo tener lugar hasta que no tuvo los resultados del análisis, a pesar de esta urgencia, intento mitigar los daños cumpliendo con su obligación.

102. Pero es que además, CASA VERDE no utiliza cualquier tipo de crudo, y esto podía ser conocido por CANUDOIL o una persona razonable de su misma condición (*vid.* ¶74 y ss., ¶88 y ss., ¶111 y ss.), sólo utiliza crudo ligero y dulce (entre 38° y 33° API y menos de 0,5% de azufre) y ese era el crudo que CANUDOIL debía entregar [*DOC. SOL. N° 2*]. Por lo que la esencialidad de la calidad y la sustancialidad de la privación quedan fuera de duda.
103. Efectivamente, el estándar de calidad de los bienes o sus características técnicas que son a menudo pactadas como esenciales por las partes. [*Schlechtriem, Art 25, para 23, p 409*]. En la jurisprudencia que aplica la Convención encontramos algunos casos, en los que determinadas especificaciones de los bienes fueron pactadas como esenciales entre las partes: el grosor inexacto de unas láminas de aluminio fue considerado incumplimiento esencial por la CIETAC debido a que las láminas, ligeramente más finas que las pactadas, resultaban inutilizables para el comprador en su fábrica y el vendedor lo sabía cuando concluyó el contrato [*Roll aluminum and aluminum parts case*]; el contenido en Vitamina A inferior al pactado de unos productos para la piel fue considerado por el Tribunal de Apelación de Helsinki un incumplimiento esencial [*Skin care products case*].
104. En conclusión, CASA VERDE pactó una calidad determinada (ligero y dulce) y la entrega de crudo no conforme con lo pactado (pesado) supone un incumplimiento esencial del contrato por constituir una privación sustancial de lo que CASA VERDE esperaba obtener con el contrato, esto es, el aseguramiento del suministro de crudo ligero y dulce a sus refinerías.

C. CANUDOIL pudo prever el resultado lesivo y una persona razonable también

105. CANUDOIL podía perfectamente haber previsto que la entrega de crudo pesado supondría una privación absoluta de lo que CASA VERDE esperaba obtener con la celebración del contrato. Efectivamente, CASA VERDE se caracteriza por trabajar sólo un tipo de crudo (ligero y dulce); la calidad de sus productos finales, la estructura de su sistema de producción y las expectativas de sus clientes, no admiten la utilización de una materia prima de calidad inferior. CANUDOIL es una firma experimentada y con un conocimiento exhaustivo del mercado [*DOC. RES. N° 2*] y ha concluido con anterioridad un contrato similar con CASA VERDE (*vid.* ¶74 y ss.) por esta razón conocía estos datos, y, en cualquier caso, una persona razonable de la misma condición y en las mismas circunstancias que CANUDOIL los habría conocido.
106. La previsibilidad o el conocimiento de las expectativas de CASA VERDE, puede considerarse un filtro adicional o una especie de limitación para apreciar el incumplimiento esencial [*Bianca/Bonnell/Will, Art 25, nota 2.2.; MünchKommHGB/Benicke, Art 25, para 14; Posch/Kandut, p 65; Reinhart, Art 25, para 7; Schwimann/Posch Art 25, para 14*]; también (y así lo hace la doctrina dominante) puede considerarse una causa subjetiva para excusar a la parte incumplidora [*Achilles, Art 25, para 13; Enderlein & Maskow, Art 25, nota 4.1.; Ghestin, "Fusion des actions", no 238, pp 224–225; Heuzé, nota 391; Loewe, Art 25, p 48, y la mayoría de las opiniones expresadas en la Conferencia Diplomática*]; o bien, por último, un factor relevante para la interpretación y evaluación de la importancia de la obligación incumplida según el contrato, por lo que en este último caso, no se trataría de una vía de escape de la parte incumplidora, sino de un requisito clave para apreciar la privación sustancial de expectativas y, por ende, la propia existencia de un incumplimiento esencial [*Schlechtriem, Art 25, para 27, p 412*].
107. Tanto si lo consideramos un filtro adicional como una excusa de orden subjetivo, su imposible aplicación a nuestro caso queda patente, en tanto que CANUDOIL pudo perfectamente conocer y prever la importancia que la calidad del crudo revestía para CASA VERDE y los catastróficos efectos que tendría entregar crudo de una calidad inferior.
108. Es aún más claro el imposible aprovechamiento de esta excusa por CANUDOIL si atendemos a la interpretación que de la misma se ofrece en el autorizado comentario de Schlechtriem &

Schwenzer (citado en ¶106 *in fine*). Efectivamente, según estos autores, si la calidad ha sido pactada claramente como esencial, o si así se indicó en las negociaciones, no cabe aplicar esta excusa. En nuestro caso se pactó claramente que el crudo habría de ser “ligero y dulce” [DOC. SOL. N° 2], con lo que no cabría preguntarse siquiera si se da esta excusa.

109. Sólo en los casos en los que la importancia de la obligación incumplida no ha sido claramente establecida en el contrato, o deja lugar a dudas cabría preguntarse por la previsibilidad del daño generado en las expectativas de CASA VERDE por la entrega de crudo pesado. En estos casos el problema se resuelve recurriendo a los Arts. 8(1) y 8(3) CNUCCIM [*Schlechtriem, Art 25, para 30, pp 413–414*].
110. Los Arts. 8(1) y 8(3) CNUCCIM prescriben la interpretación de las declaraciones de las partes conforme a su intención, que cuando no sea conocida deberá extraerse de las circunstancias que rodean la transacción.
111. CASA VERDE sólo trabaja crudo ligero y dulce, ese fue el crudo que se entregó en una transacción anterior satisfactoria y Julia Urquidí en la conversación telefónica preguntó en relación con el crudo: “¿Y es de buena calidad?”, siendo respondida por Pantaleón Pantoja: “¿Cuándo hemos trabajado nosotros con crudos de baja calidad? Habéis trabajado con nosotros en el pasado ¿no? Y no teníais queja. Además, el crudo que se está obteniendo ahora de Paradisia es estupendo” [DOC. SOL. N° 2].
112. Además, en los mercados de *commodities* la exactitud y la precisión en las transacciones reviste una especial relevancia, por ello cualquier persona razonable en el sector habría conferido una especial importancia a la exacta conformidad de la calidad del crudo entregado con lo pactado.
113. Por ello, incluso si considerásemos que los términos del contrato en cuanto a la calidad o su importancia no eran del todo claros, no cabe duda, atendiendo a todas estas circunstancias, de que CANUDOIL sabía, o una persona razonable de la misma condición (es decir, un experimentado empresario del sector) habría sabido, que la calidad era esencial para CASA VERDE y que discrepancias en la calidad generarían una privación sustancial de lo que CASA VERDE esperaba conseguir con el contrato.

SEXTA: LA ENTREGA DE CRUDO CONTAMINADO CON AGUA DE MAR SUPONE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL, PUES VIOLA UN PLAZO ESENCIAL ASÍ ESTABLECIDO EN EL CONTRATO

114. La violación del plazo de entrega cuando éste se pactó como esencial también ocasiona un incumplimiento esencial definido en el Art. 25 CNUCCIM (*vid.* ¶95 y ss.).

A. La obligación de entregar crudo conforme a lo pactado, en la fecha pactada era esencial

I. El plazo se pactó como esencial en el contrato

115. La entrega del crudo antes del 30 de octubre fue pactada como término esencial y tal era la intención de las partes (*vid.* Art. 8 CNUCCIM). Así puede deducirse sin esfuerzo de las palabras de Julia Urquidí en la conversación telefónica, cuando habla de un “pico de demanda” (coyuntura comercial imprevista y que reviste urgencia), cuando pide que las mercancías “pudiesen llegarnos para antes del 30 de octubre” y cuando vuelve a enfatizar la necesidad de una entrega a tiempo diciendo “pero en este caso la cosa urge, así que, cuanto antes recibamos los documentos, antes podemos retirar la carga, y antes cobráis vosotros” [DOC. SOL. N° 2].

II. Alternativamente, la inclusión del término CIF convierte el plazo en esencial

116. El uso de ciertos INCOTERMS puede indicar a las partes en una transacción de carácter internacional que el término es esencial (*time is of the essence*). [*Schlechtriem, Art 25, para 30, p 414*].
117. En nuestro caso el contrato de compraventa estaba sujeto a una cláusula CIF [*DOC. SOL. N° 2*]. La doctrina y la jurisprudencia sostienen de forma ampliamente mayoritaria que la inclusión del término CIF convierte automáticamente el contrato en un “acuerdo firme” bajo el cual el cumplimiento del plazo es de fundamental importancia. [*Schlechtriem, Art 25, para 41, p 420; P Huber/Mullis, p 226; MünchKomm/P Huber, Art 49, para 34; MünchKomm/Benicke, Art 25, para 19; Takawira, J Bus L 2003, 102, 126; Trommler, p 111*]. El Tribunal de Apelación de Hamburgo estableció claramente que “*el interés especial del comprador puede ser inferido del uso del término CIF, que deja claro que el contrato era un contrato de entrega en una fecha determinada bajo el cual la entrega a tiempo era una obligación fundamental*” [*Iron molybdenum case*].

B. La contaminación del crudo con agua de mar supone un incumplimiento esencial, pues priva a CASA VERDE de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato

118. Recordemos que la calificación de un incumplimiento como privación sustancial requería que se prive al acreedor de un interés pactado en el contrato como importante (*vid. ¶133*).
119. La fecha de entrega del crudo fue pactada como término esencial (*vid. A*), por lo que el interés contractualmente acordado en el cumplimiento exacto de tales fechas es tan esencial, que el contrato puede resolverse con independencia del daño efectivamente sufrido.
120. CASA VERDE se dedica al refinado de petróleo y distribución de productos derivados del mismo, tales como la gasolina, el gasoil, el fueloil o el queroseno. Es una empresa con más de 20 años de experiencia en el sector, y su producto final destaca por su alta calidad. [*SOL., para 17*]. Es de sobra conocido que las refinerías sufren un enorme coste de oportunidad si infrautilizan su capacidad productiva instalada [*Michael N. Tamvakis, Commodity Trade and Finance, pp. 36-40*] (*vid. ¶100*).
121. Esta es la razón por la que CASA VERDE, al fallar uno de sus proveedores habituales (OAO MAYTA) por motivos políticos, decide comprarle crudo a CANUDOIL. Lo mismo ocurrió el 05/11/2010 cuando CASA VERDE se vio obligada a concluir otra compraventa en el mercado spot, debido a la entrega de crudo defectuoso por CANUDOIL.
122. El interés especial de CASA VERDE que subyace a la calificación contractual del plazo de entrega como esencial era el aseguramiento del suministro constante y puntual de crudo a las refinerías, evitando así el enorme coste que supone tenerlas sin funcionar o a un rendimiento menor (*vid. ¶100 y ss.*).
123. Al entregar crudo contaminado con agua de mar [*DOC. SOL. N° 16*] se priva sustancialmente a CASA VERDE de este interés, pues las operaciones de limpieza y descontaminación del crudo, aunque no sean costosas, sí que llevan tiempo, incluso varias semanas dependiendo del proceso utilizado (decantación u otros), lo cual impide sustancialmente (pues al menos un 40% del cargamento estaba adulterado) la utilización del crudo como materia prima en el proceso de refinado, con la consiguiente infrautilización de la capacidad productiva instalada.

C. CANUDOIL pudo prever el resultado lesivo y una persona razonable también

124. En los ¶¶105–113 se explica que CANUDOIL o una persona razonable de la misma condición y circunstancias habrían previsto el resultado de privación sustancial de expectativas que supondría el incumplimiento. Las mismas consideraciones atinentes a la estrategia de negocio de CASA VERDE conocida por CANUDOIL (sólo utilizar crudo de la mejor calidad: ligero y dulce); a la

transacción anterior satisfactoria; y a sobre cómo, con tales elementos de juicio a disposición de CANUDOIL, no existe duda alguna respecto a la previsibilidad de la privación; son aplicables a la cuestión de la contaminación con agua de mar.

SÉPTIMA: LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR CANUDOIL NO ERAN CONFORMES CON LO PACTADO EN EL CONTRATO, LO CUAL CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO

A. La entrega de documentos incorrectos es un incumplimiento contractual según los Arts. 30 y 34 CNUCCIM

125. El Art. 30 CNUCCIM resume las principales obligaciones del vendedor bajo la CNUCCIM: *“El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”*. Se trata de obligaciones supletorias al contenido contractual. La entrega de documentos no conformes constituye un incumplimiento contractual, sólo si el contrato, algún uso mercantil aplicable (ex Art. 9 CNUCCIM) o el principio de buena fe establecen tal obligación [Schlechtriem, Art 30, para 6, p 492].
126. El Art. 34 CNUCCIM provee que: *“El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”*. Este Art. es una remisión en blanco a los establecido por las partes en el contrato de compraventa, sencillamente afirma que el vendedor debe llevar a cabo lo pactado [Honold, Art 34, para 219].
127. En nuestro caso, la obligación de entregar determinados documentos se acordó explícitamente en el contrato de compraventa. Efectivamente, en la conversación telefónica [DOC. SOL. N° 2], Julia Urquidí dice *“Ordenaremos el pago cuando recibamos los documentos. Conocimiento de embarque, certificado de calidad y certificado de origen”* y justo después Pantaleón Pantoja responde *“Correcto”*. Además, el pago sólo se ordenaría tras recibir los documentos y comprobar que todo estaba bien. Así ocurrió, CASA VERDE al recibir los documentos verificó que la calidad y la cantidad de la mercancía cargada en el buque Ciudad Perros se correspondían con las características fijadas en el acuerdo de compraventa, y que así figuraban en tales documentos. Una vez finalizada esta verificación, y comprobado además que el documento de transporte tampoco contenía reserva alguna relativa a la mercancía transportada, CASA VERDE ordenó el pago del precio acordado a través de transferencia internacional.
128. La falta de conformidad de los documentos es patente, la información que contienen corresponde nada menos que a un cargamento diferente en otro buque, porque *“La empresa certificadora emitió dos certificados de calidad de dos buques distintos cuyas operaciones de carga estaban llamadas a iniciarse en el mismo momento y fue dicha entidad la que confundió por error la información al ser incluida en cada uno de los certificados”* [RES., para 6].
129. Los documentos exigidos en el contrato eran certificado de calidad, certificado de origen y conocimiento de embarque. *“El conocimiento de embarque y el certificado de origen fueron redactados y emitidos a posteriori y en base al certificado de calidad erróneamente redactado”* [RES., para 7]. Por lo tanto, todos los documentos entregados contenían información incorrecta.
130. CANUDOIL ha incumplido el contrato de compraventa entregando documentos incorrectos.

B. La entrega de documentos no conformes supone un incumplimiento esencial

I. Incumplimiento de una obligación

131. Si el incumplimiento de la obligación se debe a la deficiente ejecución de la misma por un tercero con quien el obligado contrató a tal efecto, o a un impedimento más allá de la esfera de control del obligado; tales circunstancias son absolutamente irrelevantes respecto a la caracterización del incumplimiento obligacional como “esencial” [*Schlechtriem, Art 25, para 13, p 405*].
132. En consecuencia, es absurdo que CANUDOIL quede exento de responsabilidad porque “*la discrepancia documentaria trae causa de un incidente ajeno a su esfera de control*” [RES., para 6]. CANUDOIL entregó documentos incorrectos, incumpliendo el contrato (*vid. ¶125 y ss.*).

II. Privación sustancial de las expectativas de CASA VERDE

133. La sustancialidad de la privación no se refiere a la magnitud de la pérdida sufrida. En su lugar, se refiere a la importancia del interés que el contrato y las específicas obligaciones que de él derivan han creado para el acreedor de las mismas. Por lo tanto, el contrato no sólo crea obligaciones, también determina su importancia para el acreedor y, por consiguiente, la sustancialidad de la privación por él sufrida a causa de su incumplimiento [*Schlechtriem, Art 25, para 21, p 409*]. Es más, no se requiere la causación de un perjuicio económico para apreciar una privación sustancial en el sentido del Art. 25 CNUCCIM. [*Schlechtriem, Art 25, para 22, p 409*], bastará con que el incumplimiento obligacional prive al acreedor de un interés acordado en el contrato como importante.
134. En particular, en los casos de ventas documentarias, se concede una especial importancia a la entrega de documentos exactos, normalmente a causa de usos y costumbres mercantiles [*Schlechtriem, Art 25, para 23, p 410*]. En estas ventas, la principal obligación del vendedor es entregar una serie de documentos (cuya importancia es idéntica a la de la entrega de los bienes). Las ventas documentarias son frecuentes en las transacciones sobre *commodities* [*Schlechtriem, Art 25, para 62, p 432*]. Normalmente, en la práctica mercantil internacional, se entiende que las ventas CIF son ventas documentarias [*Bridge, International Sale of Goods, para 4.04.; Mullis, FS Guest, p 140*]. El contrato de compraventa entre CASA VERDE y CANUDOIL estaba sujeto a una cláusula CIF, por lo cual, se trata, indudablemente, de una venta documentaria.
135. Las ventas documentarias requieren el cumplimiento estricto y preciso de las obligaciones documentarias. Este principio de cumplimiento estricto es un uso mercantil internacional (Art. 9 CNUCCIM) comúnmente aceptado según la doctrina dominante [*Schlechtriem, Art 25, para 63, p 432; Bijl, (2009) EJCL 19, 26; Nielsen, WuB I H 1–1.97, p 132; Schütze, Dokumentenakkreditiv, para 16; Secretariat Commentary, Art 45, N° 7: “general rule”*]. Este principio implica que los documentos entregados deben ser conformes a las especificaciones pactadas en el contrato de forma exacta, completa y libre de contradicciones entre ellos [*Schlechtriem, Art 25, para 63, p 432*].
136. La obligación de entrega de documentos conformes es particularmente importante en nuestro caso, ya que se trata de una venta CIF en tránsito. En tales casos el vendedor cumple con su obligación de poner los bienes objeto del contrato a disposición del comprador (*ex* Art. 31(b) y (c) CNUCCIM), poniendo al comprador en la posición de tomar los bienes en el lugar de destino. Si se ha expedido un documento respecto de las mercancías que autoriza a su tenedor a recibirlas (en una venta CIF, como la del caso, el conocimiento de embarque), entonces el vendedor cumple dicha obligación con la entrega de ese documento. [*Schlechtriem, Art 31, para 79, p 522*]. La importancia del cumplimiento estricto de los documentos con lo pactado es enorme, habida cuenta que autorizan al tenedor a recibir el cargamento y que, por ello, representan el propio

cargamento y su entrega. Cualquier inexactitud convierte a los documentos en inservibles para su utilización como títulos representativos de las mercancías en una transacción posterior.

137. En lo que respecta al Art. 25 CNUCCIM, los pactos de estricto cumplimiento documentario (como es una cláusula CIF) constituyen un acuerdo vinculante entre las partes según el cual el cumplimiento exacto por el vendedor de sus obligaciones de entregar determinados documentos especificados en el contrato se designa como “fundamental” o “esencial”. El comprador está legitimado a ejercitar la acción de resolución por incumplimiento esencial incluso si el incumplimiento del vendedor no ha originado ningún perjuicio financiero al comprador (en nuestro caso sí, el alza de precios del crudo ha causado a CASA VERDE un perjuicio sustancioso). La posibilidad de resolver el contrato es automática e inmediata, sin necesidad del establecimiento por el comprador de un plazo adicional para reparar el incumplimiento (*Nachfrist*) [*Schlectriem, Art 25, para 64, p 433*].
138. El incumplimiento documentario es claro, puesto que los documentos corresponden a otras mercancías (*vid. ¶126*). Ante una inexactitud de semejante entidad, máxime teniendo en cuenta que rige el principio de cumplimiento documentario estricto, no cabe duda alguna de que CASA VERDE estaba legitimada para la resolución automática e inmediata del contrato por incumplimiento esencial.

OCTAVA: CASA VERDE ACTUÓ EN LEGÍTIMO EJERCICIO DE SU DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SEGÚN EL ART. 49(1) CNUCCIM

139. CASA VERDE decide resolver el contrato en base un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de CANUDOIL. El demandado realiza una serie de hechos (*vid. CUARTA A SÉPTIMA*) que legitiman a CASA VERDE para resolver el contrato debido a que las obligaciones que genera la relación contractual no se han cumplido.
140. Art. 49 CNUCCIM “1) *El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que el incumplan conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato;*” no queda duda tras la exposición que se ha hecho en las cuestiones anteriores que CASA VERDE se ha visto perjudicada por un incumplimiento de CANUDOIL en sus obligaciones contractuales. Queda expedita la vía de resolución del contrato, facultad que asiste al comprador *ex Arts. 25 y 49 CNUCCIM* y que legítimamente puede ejercer en virtud de cualquiera de los incumplimientos esenciales del contrato.

NOVENA: SUBSIDIARIAMENTE, SVA TRANSPORTES ES RESPONSABLE DEL DAÑO SEGÚN EL ART. 17 DE LAS REGLAS DE ROTTERDAM

A. La mercancía sufre un daño durante el período de responsabilidad de SVA

141. La mercancía adquirida por CASA VERDE OIL sufre un daño durante el transporte por contaminación con agua de mar en un 8 por ciento. Este hecho se produjo probablemente por la limpieza defectuosa de los tanques previa operación de carga o, en cualquier caso, durante el transporte.
142. Previa puesta a bordo del crudo en el buque, debido a una mala limpieza, siguen existiendo restos de agua en el mismo, lo que causa un daño al crudo, como explicaremos a continuación. La responsabilidad del porteador abarca el período durante el cual las mercancías están bajo la custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga. Por tanto, la transmisión del riesgo al porteador se produce en el momento en que los barriles son puestos a bordo en el buque Ciudad Perros. El Art. 12 de las Reglas de Rotterdam establece que “*El período de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente*

Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega”.

143. El porteador es responsable durante el período en el cual esté tiene la posesión de bienes o el control personalmente o a través de un tercero [*The Rotterdam Rules*, pp. 56 y ss.]. Este acuerdo puede ser modificado contractualmente. Pero hay límites que no pueden ser excedidos. Así, cualquier arreglo que reduzca el período de responsabilidad entre la carga y la descarga de las mercancías no debe ser aceptado. Las Reglas de Hamburgo, en virtud de su Art. 4, apartado 2 nos ayudan a comprender el sentido del Art. 12, estableciendo lo siguiente: “*se considerará que las mercancías están bajo la custodia del porteador: a) Desde el momento en que éste las haya tomado a su cargo al recibirlas: i) Del cargador o de la persona que actúe en su nombre*”. Por tanto, como se desprende de Rotterdam y de la interpretación de dichas reglas, el daño se produjo cuando las mercancías se encontraban bajo responsabilidad de SVA TRANSPORTES.

B. SVA era el responsable de la limpieza diligente del buque Ciudad Perros

144. No sólo debemos tener en cuenta quién debe asumir el riesgo en cada momento o acreditar que el daño se produce cuando éste es asumido por el porteador, sino también quién es el responsable de organizar la limpieza de buque. SVA TRANSPORTES establece que la limpieza corría por cargo y a cuenta del cargador. De la Póliza de Fletamento, que claramente CASA VERDE no puede invocar como parte, se desprende que cuando los buques no poseen sistema COW (Crude Oil Washing), como es el caso, “*las operaciones de limpieza de crudo serán realizadas por cualquier método eficaz por cuenta y riesgo del fletador*”. Este sistema se exige para crudo de peso muerto > 20000 MT construidos después del 01-01-1980, los cuales deben disponer de sistema de lavado con crudo para los tanques de carga (COW), de manera que se pueda efectuar un lavado eficiente de los tanques de carga. El agua de lastre que se pueda introducir en un tanque de carga lavado bajo el procedimiento COW, se puede descargar al mar como “lastre limpio” a efectos del MARPOL (Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación de los Buques). Así, el buque Ciudad Perros, que no lo poseía implicaba una mayor vigilancia de las labores de limpieza por parte de Capitán ya que, en su caso, el agua de lastre no podría ser descargada al mar. La cláusula establecida en la Póliza de Fletamento no surtirá efectos, como exponemos a continuación [*Manual de lavado con crudo y gas inerte*.]
145. Hay que tener en cuenta que en el conocimiento se pone de manifiesto: “*Todos los términos, condiciones, libertades y excepciones de la Póliza de Fletamento referida en el anverso, incluidos los relativos al derecho de retención de la mercancía, quedan expresamente incorporadas a este conocimiento de embarque*”. Sin embargo, sólo se entenderán incorporadas al conocimiento, respecto de un tercero tenedor del mismo, como es Casa Verde Oil, aquellas que no alteren las estipuladas en dicho conocimiento, o las que sean normales en un contrato de transporte marítimo, tales como el pago de demoras en el puerto de carga o descarga; algunas de ellas no se entenderán incorporadas si no estuviesen expresamente en el conocimiento de embarque, como por ejemplo la que exima al naviero de responsabilidad frente al tenedor del conocimiento de embarque que no sea el fletador, o las excepciones de responsabilidad del naviero que no figuren en el conocimiento.
146. Bajo esta argumentación, se pretende establecer previa contestación al posible argumento de SVA TRANSPORTES sobre quién era responsable de la limpieza del buque, el cual podría ser: si el buque no tiene sistema COW, la limpieza se llevará a cabo por cuenta y riesgo del cargador. Sin embargo, dicha cláusula de la Póliza de Fletamento, que no vincula a nuestra representada pues no es parte, no se extiende automáticamente al conocimiento de embarque. En éste documento no se hace referencia expresa a dicha cláusula, por lo que no es aplicable a la controversia. Además de dicha línea doctrinal, el hecho de admitir una excepción de tal calibre estaría destinada claramente a limitar las obligaciones del porteador y, así, sería vulneradora del Art. 79.1 de las Reglas de Rotterdam.

C. La mercancía contaminada es inservible a los efectos contratados

147. Las Reglas de Rotterdam, en su Art. 17, establecen lo siguiente: “*El porteador será responsable de la pérdida o el daño de las mercancías, así como del retraso en su entrega, si el reclamante prueba que la pérdida, el daño o el retraso, o el hecho o circunstancia que lo causó o contribuyó a causarlo, se produjo durante el período de responsabilidad del porteador*”. Frente a la pérdida, que implica una ausencia física de las mercancías, la avería o daño significa la entrega de un cargamento que se ha visto alterado en sus cualidades internas o externas. Esta distinción, que en un principio resulta clara, puede llegar a complicarse cuando se trata de daños que dejan prácticamente inservible y carente de valor lo entregado [*Seehandelsrecht*, página 289]. Las dudas interpretativas surgen porque dicha circunstancia conduce al mismo resultado económico que una pérdida total.
148. En este caso, el daño que se causa a la mercancía es la contaminación del crudo con un 8 por ciento de agua. Todo crudo lleva agua, unos más que otros. Es en las refinerías donde se lleva a cabo un pre tratamiento antes de llevarlo a las columnas de destilación para eliminar el agua y sedimentos (BSW– Bottom sediment and water, se llama bottom porque el proceso de análisis para medir el contenido en S+W tradicional y en desuso en terminales modernas es el de centrifugación, de manera que tras centrifugar se queda en el fondo de la probeta).
149. Normalmente el BSW suele ser de 0.2–0.5%, no mas, y las refinerías se diseñan de esa manera, por lo que contenidos superiores hacen que la capacidad de pre–tratamiento en la refinería no sirva y necesiten hacer procesos especiales que normalmente consiste en dejarlo en un tanque de tierra para que el agua decante (dado que la densidad del agua es superior), este proceso puede llevar varios días, dependiendo del tipo de crudo, que si es muy parafínico puede llevar varias semanas. De esta forma, nuestra representada pretende demostrar que la contaminación al crudo lo hace inservible, a los efectos de lo pactado en el contrato y, de esta forma, de valor prácticamente nulo.

D. Excepciones integradas al conocimiento de embarque

150. En caso de que la mercancía hubiese sido recibida por el portador en mal estado, éste hecho debería haber sido reflejado en el conocimiento de embarque ya que es este documento donde el porteador deja reflejado el estado de la mercancía, lo que nos hace presumir que el daño se produjo se produjo durante el período de responsabilidad de porteador, cuestión ya tratada. Esto es debido a que una de las funciones que cumple el conocimiento de embarque es la de “*medio de prueba del embarque de las mercancías, así como de que su tenedor es el propietario de las mercancías; es decir, es un título de tradición.*” Esto hace que el porteador deba “*custodiar y conservar la mercancía durante la operación.*” [*Chorley-Giles, Derecho Marítimo*], El Capitán pone de manifiesto en el Conocimiento de embarque: “*en buen estado y condición aparentes*”. Cabe cuestionarse cuál es la naturaleza y relevancia jurídica del Conocimiento de embarque. Éste es el medio a través de cual se perfeccionan los contratos de transporte, como afirma la [*Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de 11 de mayo de 2000*]. La importancia como documento probatorio no le obliga, sin embargo, a incluir un estudio detallado de la mercancía, ya que el conocimiento de embarque sólo sirve en este caso para demostrar que ésta fue embarcada, no siendo necesario indicar en el mismo el valor o datos concretos del mismo no hayan tenido medios para comprobarlos. [*Forner Delaygua, pp. 128 y ss*]. Así ocurre en el caso, en el que el Capitán establece lo siguiente: “Embarcada en el puerto o lugar de carga, en buen estado y condición aparentes (...) la mercancía arriba descrita, peso, medida, calidad, condición, contenido y valor desconocidos”. La cuestión reside en determinar qué consecuencias jurídicas tiene para SVA TRANSPORTES y CASA VERDE dicho documento.
151. El conocimiento de embarque es un título transferible y negociable, de forma que su entrega equivale a la de las mercancías que representa y de los derechos y obligaciones del contrato que

contiene. Puesto que la transmisión del conocimiento de embarque surte efectos jurídicos reales, se ha elaborado una teoría para explicar estos efectos. Al recibir la carga, el Capitán obra como agente del cargador, en cuyo nombre la posee, pero al entregarse el conocimiento al consignatario por el cargador o fletador, el Capitán la posee por el consignatario en virtud de la voluntad del cargador. [Echeverría Rivera, pp. 49 y ss]. De esta forma, el Capitán entrega el crudo al tenedor del conocimiento de embarque, en este caso CASA VERDE, a cambio de recuperar dicho documento. El crudo no se encuentra en el estado que refleja el conocimiento de embarque, por lo que el daño causado tiene como resultado un incumplimiento de dicho título.

152. A este respecto, y a los solos efectos de interpretar los efectos del daño causado, en virtud del Preámbulo del los Principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales, el Art. 5.1.4, párrafo segundo, de dicho Convenio establece: *“En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.”* Dicho invocación jurídico tiene su virtualidad concreta si tenemos en cuenta las recomendaciones que, a nivel consuetudinario e internacional, se aconsejan a los Capitanes de buques. Entre las mismas figuran las siguientes: eliminar las burbujas en la superficie del líquido, en el método del hidrómetro, para evitar medidas erróneas; mantener el resto del vástago del hidrómetro seco, para evitar que el líquido aumente el peso efectivo del instrumento y por ende se toman lecturas erróneas; verificar que los instrumentos estén secos y limpios; la temperatura de la muestra debe ser medida con exactitud para evitar errores al momento de la corrección de la gravedad API [Garibi Undabarrena, pp. 48 y ss]. Para un mayor acercamiento a la línea jurisprudencial, en la [Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, (sec. 1º), de 20 de mayo de 1998], se dice que *“el porteador es civilmente responsable de todas las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías y, en general, de las indemnizaciones a favor de tercero a que dé lugar el manejo, cuidado y custodia de las mismas”*.

E. SVA responde por sus respectivos trabajadores, entre los que figura el Capitán

153. En virtud del Art. 18, el porteador (SVG Transportes) responde por los actos causados por el Capitán. SVA es la empresa transportista o porteadora y, a la vez, empresario naviero. La [Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 15ª), de 6 de abril de 1999], entiende lo siguiente: *“el naviero es aquel empresario que, disfrutando de aptitud para el comercio y teniendo a su disposición un buque, se dedica profesionalmente a su explotación; es, por tanto un comerciante marítimo que se vale de otras personas para llevar a cabo su actividad, esencialmente, del capitán, a quien ha de elegir y de cuyos actos responde civilmente (...)”*. Dicha sentencia aplica el Código de Comercio español. Además, el conocimiento de embarque tiene el mismo significado en dicho Código que en los Arts. 44 y ss. de las Reglas de Rotterdam.
154. Así, en virtud del precepto 82 de las Reglas de Rotterdam, *“El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido”*. A sensu contrario, la diligencia prevista por Casa Verde Oil ha de tener como resultado la resolución del contrato, así como la exigencia de la devolución del precio y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

DÉCIMA: CASA VERDE VALORÓ CORRECTAMENTE LA CUANTÍA Y AMBAS PARTES RESPONDERÁN DE LA INDEMNIZACIÓN

A. CASA VERDE valoró correctamente conforme al art. 75 CNUCCIM realizar una compra de reemplazo

I. Casa Verde realizó una compra de reemplazo conforme al art. 75 CNUCCIM

155. CASA VERDE realiza una compra de reemplazo el 5 de Noviembre de 2010 debido a que la calidad del crudo recibido no es conforme a la necesaria para su negocio. En los documentos de la solicitud n° 17 y 18 se notifica la compraventa de reemplazo y el contrato donde se detalla el crudo comprado que es cumple los requisitos de calidad con los que trabaja CASA VERDE como queda fehacientemente demostrado en el contrato.
156. El Art. 75 CNUCCIM expone: “*Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al Art. 74*”, conforme a este Art. CASA VERDE resuelve el contrato por los motivos expuestos (*vid. cuestiones CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA*) y realiza dicha compra de reemplazo con el fin de poder proveer a las empresas que normalmente suministra.
157. La valoración de daños conforme al Art. 75 CNUCCIM por la compra de bienes de sustitución es una cuestión que ha sido delimitada de manera clara y firme cuando el presente artículo ha tenido que ser aplicado. En la sentencia citada [*Metallic silicon case*] se establece claramente el criterio para valorar los daños y perjuicios generados por la compra de mercaderías, mencionando literalmente el art. 75 CNUCCIM.
158. Cuando en el contrato se produce un incumplimiento esencial como el realizado por CANUDOIL, la valoración de daños se realiza calculando al diferencia entre precio del contrato incumplido y el coste de la compra de sustitución. [*Schlechtriem 2, p. 98*]. CASA VERDE se comporta conforme a lo establecido en la doctrina a la hora de notificar y probar la compra de sustitución.

II. La calidad del crudo comprado en la compra de reemplazo se realizo conforme al crudo solicitado a CANUDOIL

159. Como venimos afirmando la calidad del crudo que CASA VERDE compró a CANUDOIL es crudo procedente de Paradisia concretamente de la zona farsi. Dentro del crudo con el que trabaja CASA VERDE y que es extraído de la región de Paradisia solamente el farsi se corresponde con los requisitos exigidos por CASA VERDE. Atendiendo al certificado de calidad que se encuentra en el documento de la solicitud n° 5 el crudo que se cargaba en el barco era crudo farsi.
160. El lugar donde se realiza la compra de sustitución debe coincidir en la medida de lo posible con el lugar de donde se compro la mercancía objeto del contrato. [*Macromex Srl. v. Globex International, Inc.*]. La compra que realizo CASA VERDE a CANUDOIL proviene de Paradisia, la compra de sustitución se realiza también en Paradisia cumpliendo con la jurisprudencia que vienen estableciendo diversos tribunales. Como se ha explicado en el punto anterior la compra realizada en Paradisia solo puede ser de crudo farsi pues es el único que cumple los requisitos que necesita CASA VERDE.
161. La compra de sustitución se hará comprando aquellos bienes que sean idénticos o similares a los bienes que eran objeto del contrato [*Chengwei, Chapter 15*]. CASA VERDE acude al mercado en busca de un bien con similares características atendiendo al crudo comprado, ante CASA VERDE

se presenta la posibilidad de comprar un crudo similar en cuanto origen y calidad al que compró a CANUDOIL.

B. La compraventa de crudo sumario no es alegable

I. La compraventa de crudo sumario no es alegable en tiempo

162. El testimonio que ofrece D. Santiago Zavala, en el documento de respuesta a la solicitud n° 6 acerca de otra compraventa realizada el 28/10/2010 y transportada por la empresa La Catedral S.L. filial de SVA Transportes es cierto. Sin embargo alegar que esta compra es la realizada como compra de reemplazo no tiene ningún fundamento sólido ya que CASA VERDE no tiene los resultados del crudo comprado a CANUDOIL hasta el 03/11/2010, momento en el cual tiene la certeza de que el crudo recibido es esencialmente contrario a sus necesidades. Por lo que no será hasta ese momento cuando CASA VERDE valore la necesidad de realizar una compra de reemplazo.
163. La compraventa llevada a cabo por CASA VERDE obedece más bien a motivos de aprovisionamiento el hecho de que el crudo coincida con la calidad del comprado como reemplazo en fecha 05/11/2010. Aprovechamos para recordar que OAO MAYTA, el cual trabaja en la región de Ruskov, es uno de los suministradores habituales de CASA VERDE. Actualmente la extracción procedente de dicha región se encuentra interrumpida por problemas de índole político. Durante esta situación CASA VERDE se encuentra con pedidos que debe cubrir a través de otros proveedores, como hizo el 20/10/2010 cuando contrato con CANUDOIL, y es en base a estas coberturas cuando compra otra partida de crudo. Conviene puntualizar que dicho crudo tiene unas cualidades con las que CASA VERDE ha informado de manera reiterada que son las necesarias para llevar a cabos sus procesos productivos.

C. CASA VERDE OIL intenta mitigar el daño por el incumplimiento de las demandadas

164. El art. 77 de la CNUCCIM *“La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.”* hace especial referencia al deber que tiene el demandante de mitigar el efecto negativo derivado del incumplimiento. En base a este Art. CASA VERDE busca la fórmula para que la compra de reemplazo sea lo menos lesiva posible para CANUDOIL.
165. Como muestra la jurisprudencia en la que se ha aplicado la Convención de Viena de 1980 [*Alumina case*], la mitigación de los daños es una obligación para el que solicita la indemnización de daños y perjuicios. Es en esta línea es en la que ha manifestado sus actos CASA VERDE, esperando para realizar la compra de sustitución aun yendo contra sus intereses y buscando mitigar el daño conforme a la jurisprudencia que ha aplicado la Convención de Viena.
166. La doctrina más consolidada acerca de la convención de Viena ha respaldado esta obligación. *“Y es que aun cuando su contraparte haya incumplido, se entiende que la parte que solicita los daños y perjuicios no puede desatenderse de la transacción y así se le exige que actúe para evitar mayores pérdidas.”* [Perales Viscasillas, Capítulo VI]. Siendo CASA VERDE víctima de un incumplimiento por parte de SVA Transportes y CANUDOIL intenta mitigar el daño dentro de su difícil situación de desabastecimiento por lo motivos mencionados anteriormente.
167. CASA VERDE es una compañía de reputado prestigio y con un gran conocimiento del mercado como se demuestra en su actuación a la hora de realizar la compra de reemplazo. CASA VERDE realiza dicha compra el 05/11/2010 tras haber tenido los resultados de los test el día 03/11/2010. Como se ha comentado antes uno de sus suministradores ha interrumpido su actividad por motivos geopolíticos. Además la compra de reemplazo como se ha explicado anteriormente debe

de realizarse con un crudo que sea lo más similar posible. Debido a diversos rumores los precios de la zona de Farsia han experimentado un aumento de la volatilidad llevada a cabo por especuladores. Sin embargo el movimiento de los precios venía siendo descendente desde Agosto de 2010 motivado por un enfriamiento económico. Tras los rumores, los precios entran en un movimiento depresivo para después reaccionar de forma eufórica tras ser desmentidos. CASA VERDE espera (un día) para ver si los precios continúan con el movimiento bajista que venían desarrollando de forma que la indemnización de daños y perjuicios fuera menor.

D. CANUDOIL y SVA Transportes deberán responder por los daños causados

I. CANUDOIL debe responder por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento

168. CANUDOIL ha llevado a cabo una conducta que constituye un incumplimiento del contrato y conforme se ha explicado en cada una de las cuestiones anteriores deberá responder por los daños y perjuicios causados a CASA VERDE, por una cuantía de 441.803,97 que son los daños y perjuicios causados.

II. SVA TRANSPORTES debe responder por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento

169. SVA TRANSPORTES debe responder por el incumplimiento del contrato en base a la responsabilidad que tiene en la contaminación del agua ya que la misma genera un incumplimiento adulterando la calidad del crudo, y por consiguiente, el tiempo de refinado y los costes derivados del mismo.

PETICIONES DE LA DEMANDANTE QUE SE SOMETEN AL TRIBUNAL ARBITRAL

Por las razones que se formulan en este Escrito, se solicita al Tribunal:

1. Que se declare competente para conocer la presente controversia surgida entre CASA VERDE y las demandas CANUDOIL y SVGPFA Transportes.
2. Que declare que la sede del procedimiento arbitral es Matrice, (Madre Patria).
3. Que declare que CANUDOIL incumplió sus obligaciones bajo el contrato de compraventa.
4. Que declare que los incumplimientos contractuales de CANUDOIL suponen un incumplimiento esencial del contrato y que, por tanto, CASA VERDE estaba facultada para resolver el contrato y lo resolvió conforme a Derecho.
5. Que se condene a CANUDOIL al pago de todos los daños causados a la Demandante, en la cuantía de 441.803.97 Euros.
6. Subsidiariamente, para el caso de que se desestimen las reclamaciones contra CANUDOIL, que se declare que SVA Transportes es responsable de la contaminación del crudo

Madrid, 17 de Marzo de 2011.

José García-Barroso Recio

Jacobo Ducau Ferré

Raquel Ruiz Morcillo

Pilar Salas Cassinello

Javier Rivera de Asís

Pablo Constenla Acuña

III Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil MOOT Madrid 2011



Universidad Carlos III de Madrid

ESCRITO DE CONTESTACIÓN

En representación de:

Canudos Oil, S.A.
Avda. Medina, nº 311,
Ticuta, Andina

Y en representación de:

SVGPFA Transportes, S. A.
Carretera de Amazonía, km 89
Mestalia, Altiplania

En contra de:

Casa Verde Oil, Co.
Avda. Piura, nº56
Ciudad de Repal, Cervantia

Blanca
Ollero
Escrivá de
Romaní

Noelia
Porras
Carmona

Jorge
Rodríguez
de la Rubia
Ávila

Ana Irene
Salas
Muñoz

Leonel
Sanoni
Charry
Villalba

Diego
Villa
Niella

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES.....	iv
LISTA DE DOCTRINA	vii
LISTA DE JURISPRUDENCIA	xx
HECHOS.....	1
BREVE RESUMEN DE LA DISPUTA	1
ALEGACIONES DE LA PARTE PROCESAL.....	2
PRIMERA: NO EXISTE UN CONVENIO ARBITRAL QUE VINCULE A CASA VERDE CON CANUDOIL Y SVA	2
A. CASA VERDE NO PUEDE INVOCAR LA CLÁUSULA 34 PORQUE NO ES PARTE EN ELLA	2
i. La Cláusula 5 no legitima a CASA VERDE para la invocación de la Cláusula 34	2
ii. CASA VERDE tampoco puede invocar la Cláusula 34 en calidad de tercero	3
B. LA CLÁUSULA 34 NO VINCULA A CANUDOIL Y A SVA FRENTE A CASA VERDE ..	4
SEGUNDA: EL ÁMBITO MATERIAL DE LA CLÁUSULA 34 NO PERMITE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS SURGIDAS DE LA COMPRAVENTA.....	5
A. LA CLÁUSULA 34 SOLO PUEDE SER INVOCADA PARA RESOLVER DISPUTAS DERIVADAS DE LA PÓLIZA.....	5
B. LAS PRETENSIONES EJERCITADAS POR CASA VERDE DERIVAN DE LA CALIDAD DEL CRUDO Y, POR TANTO, DE LA COMPRAVENTA.....	6
TERCERA: LA SEDE DE ESTE ARBITRAJE ES ALTIPLANIA POR HABER SIDO VÁLIDAMENTE PACTADA.....	8
A. ESTE TRIBUNAL HA DE ORDENAR EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA FIJACIÓN DE LA SEDE ARBITRAL.....	8
B. EL PACTO DE SEDE EN LAS CCGG ES PLENAMENTE VÁLIDO	9
C. EL TRIBUNAL DEBE RESPETAR LA ELECCIÓN DE ALTIPLANIA Y RECHAZAR MATRICE COMO SEDE DEL ARBITRAJE	10
ALEGACIONES DE LA PARTE SUSTANTIVA.....	11
CUARTA. EL CRUDO ENTREGADO ES CONFORME A LA COMPRAVENTA.....	11
A. CASA VERDE SOLICITÓ CRUDO LIGERO	11
i. El crudo de 31° API es crudo ligero.....	12
ii. CASA VERDE no solicitó crudo del Golfo de Farsia.....	12
iii. El contrato de agosto de 2009 no constituye una práctica comercial vinculante.....	13
iv. CASA VERDE no comunicó ningún uso específico a CANUDOIL	14
B. CANUDOIL CUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN AL ENTREGAR CRUDO DE LA CALIDAD ACORDADA	15
QUINTA. LA CONTAMINACIÓN DEL CRUDO ENTREGADO NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO	15
A. LA CONTAMINACIÓN SE PRODUJO DESPUÉS DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO A CASA VERDE.....	15

B. LA ENTREGA DE CRUDO CONTAMINADO NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO DE ENTREGA	16
SEXTA. LA INEXACTITUD DE LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR CANUDOIL NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DE LA COMPRAVENTA	17
A. LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR CANUDOIL SE CORRESPONDEN CON LAS CONDICIONES PACTADAS EN LA COMPRAVENTA	17
B. LA VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS POR PARTE DE CASA VERDE NO ES ACORDE A LA COMPRAVENTA NI GENERÓ PERJUICIO ALGUNO	18
SÉPTIMA. CASA VERDE NO ESTABA LEGITIMADA PARA RESOLVER LA COMPRAVENTA AL NO CONCURRIR NINGÚN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL IMPUTABLE A CANUDOIL.....	19
A. NO CONCORRE NINGUNO DE LOS INCUMPLIMIENTOS ESENCIALES ALEGADOS POR CASA VERDE.....	19
i. CANUDOIL cumplió con sus obligaciones contractuales al entregar crudo y documentos conformes a la Compraventa.....	19
ii. La actuación de CANUDOIL en ningún caso privó a CASA VERDE de su interés en el desempeño del contrato.....	20
iii. La evaluación del perjuicio por parte de CASA VERDE resultó, en todo caso, desmedida	21
B. CASA VERDE ESTABA OBLIGADA A RECURRIR UNA MEDIDA DISTINTA A LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA	21
OCTAVA. SVA CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE CUSTODIA Y TRANSPORTE DEL CRUDO RECIBIDO DE CANUDOIL.....	22
A. SVA NO PUEDE SER RESPONSABILIZADA DE LA CONTAMINACIÓN	22
i. La contaminación no se produjo durante el periodo de responsabilidad de SVA	22
ii. La limpieza de los tanques se realizó por cuenta de la carga	23
iii. SVA y el Capitán ejercieron la debida diligencia para mantener los tanques de carga en buen estado.....	24
B. CASA VERDE TIENE DERECHO A RECIBIR DE SVA CRUDO DE PARADISIA EN BUEN ESTADO Y CONDICIÓN APARENTES.....	25
NOVENA. LA INDEMNIZACIÓN RECLAMADA POR CASA VERDE DEBE SER MODERADA.....	27
A. CASA VERDE NO PUEDE EXIGIR REEMPLAZO ALGUNO PUESTO QUE NO ESTABA LEGITIMADA PARA RESOLVER LA COMPRAVENTA.....	27
B. EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL ESTIME PROCEDENTE INDEMNIZAR A CASA VERDE, LA COMPRA DE REEMPLAZO QUE DEBE TOMARSE COMO REFERENCIA ES LA DEL 28 DE OCTUBRE DE 2010	27
PETITUM.....	30

LISTA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

AP	Audiencia Provincial
art(s).	Artículo(s)
Avda.	Avenida
API	American Petroleum Institute
CANUDOIL	CANUDOS OIL, S.A.
CASA VERDE	Casa Verde Oil, Co.
CAM	Cámara de Arbitraje de Madrid
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCIM	Convención de las Naciones Unidas, de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CCGG	Condiciones Generales de SVA
Conocimiento	Conocimiento de embarque
Convención de Nueva York	Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
Demanda	Escrito de Demanda de la Universidad Pontificia Comillas Madrid (ICADE)
Demandante	CASA VERDE
Demandadas	CANUDOIL y SVA
Doc. Sol.	Documento de la Solicitud
Doc. Resp. Sol.	Documento de Respuesta a la Solicitud
e.g.	<i>Exempli gratia</i> (por ejemplo)
Fletamento	Contrato de Fletamento
Ib.	En el mismo lugar
i.e.	<i>Id est</i> (en español, “esto es”)
Informe CNUDMI	Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones

Infra	Debajo
Kg	kilogramo
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 (art. 7, opción II)
m³	Metro cúbico
nº	Número
Ord. Pro.	Orden Procesal
PEMEX	Petróleo Mexicanos
pág(s).	Página(s)
párr(s).	Párrafo(s)
parte	Expresión que hará referencia a los argumentos conjuntos de las Demandadas
Póliza	Póliza de Fletamento
RCAM	Reglamento de la Cámara de Arbitraje de Madrid
Resp. CANUDOIL	Respuesta a la Solicitud de Arbitraje de CANUDOIL
Resp. SVA	Respuesta a la Solicitud de Arbitraje de SVA
RCAM	Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid
RH	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo)
RHV	Protocolo por el que se modifica la Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924 (Reglas de la Haya Visby)
RR	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rotterdam)
Sol. Arb.	Solicitud de Arbitraje
SVA	SVGPFA Transportes, S.A.

ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Supra	Arriba
UNCITRAL	United Nations Comission for Internartional Trade Law (en español, CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-).
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado International
v.	<i>versus</i> (en español, “contra”)
v. <i>gr</i>	Verbi gratia (por ejemplo)
vol.	volumen
<i>vid.</i>	Ver
€	Euros

LISTA DE DOCTRINA

ARROYO, I.	<p><i>Relación entre póliza de fletamento y conocimiento de embarque: la cláusula de incorporación</i></p> <p>Universidad de Deusto. Instituto Consulado de Bilbao.</p> <p>Bilbao, 1977</p> <p>Citado como ARROYO</p>
BAATZ, Y/DEBATTISTA, C. <i>et. al.</i>	<p><i>The Rotterdam Rules. A practical Annotation</i></p> <p>Informa</p> <p>Londres, 2009</p> <p>Citado como BAATZ/DEBATTISTA</p>
BAGOT , M. H./ HENDERSON, D.A	<p><i>Not Party, Not Bound? Not Necessarily: Binding Third Parties to Maritime Arbitration</i></p> <p>Tulane Maritime Law Journal, Vol. 26, nº2 (págs. 413-462)</p> <p>Louisiana, 2002</p> <p>Citado como BAGOT/HENDERSON</p>
BERNSTEIN, H. / LOOKOFSKY, J.	<p><i>Understanding the CISG in Europe. A Compact Guide to the 1980 United nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i></p> <p>Kluwer Law International, 1997</p> <p>Citado como BERNSTEIN / LOOKOFSKY</p>
BIANCA, C. M.	<p><i>Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law.</i> Giuffrè: Milan 1987.</p> <p>Disponible en:</p> <p>http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bianca-bb35.html</p> <p>Citado como BIANCA</p>

BINDER, P.	<i>International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions</i> Thomson, Sweet & Maxwell Londres, 2005 Citado como BINDER
BORN, G. B.	<i>Parties to International Arbitration Agreements-B. Legal Bases for Binding Non-Signatories to International Arbitration Agreements</i> Kluwer Law International, 2009 Citado como BORN
BRIDGE, M	<i>The International Sale of Goods: Law and Practice</i> Oxford, 1999 Citado como BRIDGE
CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL	<i>Incoterms 2000: reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales (ICC official rules for the interpretation of trade terms)</i> Cámara de Comercio internacional, 1999 Citado como Diccionario CCI
CARBONNEAU, T. E.	<i>The Law and Practice of Arbitration</i> Juris Publishing Nueva York, 2007 Citado como CARBONNEAU
CHENGWEI, L.	<i>Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, 2003</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-75.html Citado como CHENGWEI

CNUDMI	<p><i>Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor realizada en su 11º período de sesiones</i> Nueva York, 24 de marzo a 4 de abril de 2003 Citado como Informe CNUDMI A/CN.9/526</p> <p><i>Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 18º período de sesiones</i> Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006 Citado como Informe CNUDMI A/CN.9/616</p> <p><i>Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones</i> Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006 Citado como Informe CNUDMI A/61/17</p>
COOKE, J <i>et al</i>	<p><i>Voyage Charters</i> Lloyd's Shipping Law Library, 2001 Citado como COOKE</p>
CRUCELAEGUI, J. S. J.	<p><i>Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios</i> Thomson Civitas, 2005 Citado como CRUCELAEGUI</p>
DERAINS, Y./ GHESTIN, J.	<p><i>La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms</i> LGDJ, 1990 Citado como DERAIS/ GHESTIN</p>
DÍEZ-PICAZO, L.	<p><i>La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena</i> Civitas, 1998 Citado como DÍEZ-PICAZO</p>

DORE, I.	<i>Theory and Practice of Multiparty Commercial Arbitration</i> Graham & Trotman Oxford, 1990 Citado como DORE
DOUGLAS ULOTH, J./ HAMILTON RIAL III, J.	<i>Equitable Estoppel as a Basis for Compelling Non-signatories to Arbitrate- A Bridge Too Far?</i> The Review Of Litigation 21:3, 2000 Citado como DOUGLAS/HAMILTON
DUNSBY A. / ECKSTEIN J./ GASPAR J.	<i>Commodity investing: maximizing returns through fundamental analysis</i> John Wiley and Sons, 2008 Citado como DUNSBY A. / ECKSTEIN J./ GASPAR J.
ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA	<i>Merriam-Webster Dictionary</i> Disponible en: http://www.merriam-webster.com/ Citado como Diccionario Merriam-Webster
ERAUW, J.	<i>CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing it</i> Journal of Law and Commerce, Vol. 25, nº1, 2005, págs. 203-218. Citado como ERAUW
ESPINOSA CALABUIG, R.	<i>Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional</i> Revista de Estudios Electrónicos Internacionales, nº 13, 2007 Disponible en: http://www.reei.org/reei%2013/EspinosaCalabuig(reei13).pdf Citado como ESPINOSA CALABUIG

ESPLUGUES MOTA, C.	<i>Arbitraje marítimo internacional</i> Thomson Civitas Pamplona, 2007 Citado como ESPLUGES MOTA
FERRARI, F.	<i>Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of Article 25 CISG</i> Journal of Law and Commerce, Vol. 25, nº 2, págs. 489-508 Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html Citado como FERRARI
FLECHTNER, H.M.	<i>Funky Mussels, a Stolen Car, and Decrepit Used Shoes: Non-Conforming Goods and Notice thereof under the United Nations Sales Convention ("CISG").</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner8.html Citado como FLECHTNER
FOUCHARD, P./ GAILLARD, E./ GOLDMAN, B.	<i>On International Commercial Arbitration</i> Kluwer Law International, 1999 Citado como FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN
GIRVIN, S.	<i>Carriage of Goods by Sea</i> Oxford, 2007 Citado como GIRVIN
GRAHAM, J. A.	<i>La atracción de los no firmantes de la cláusula compromisoria en los procedimientos arbitrales</i> Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Disponible en http://www.juridicas.unam.mx Citado como GRAHAM

GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E.	<i>Non-Signatories and Arbitration: Recent Developments</i> Kluwer Law International, 2010 Citado como GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR
HANNOTIAU, B	<i>Problems Raised by Complex Arbitration Involving Multiple Contracts-Parties-Issues-An Analysis</i> Journal of International Arbitration. Vol. 18, issue 3, 2001, págs. 251-360. Citado como HANNOTIAU
HAYLER, W. B.	<i>International Merchant Seaman's Manual</i> Cornel Maritime Press, 1981 Citado como HAYLER
HENSCHER, R. F.	<i>Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules.</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/henschel2.html Citado como HENSCHER
HONNOLD, J. O.	<i>Uniform Law for International Sales</i> Kluwer Law International, 1999 Citado como HONNOLD <i>Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention</i> 3rd ed. (1999). Kluwer Law International Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho25.html Citado como HONNOLD "Article 25"

HOOPER, C. D.	<i>The Rotterdam Rules- Simpler than they appear</i> Society of Maritime Arbitrators, Vol. 40, N° 3 Nueva York, 2009 Citado como HOOPER
HULEATT-JAMES, M./ GOULD, N.	<i>International Commercial Arbitration: a Handbook</i> LLP London, 1999 Citado como HULEATT-JAMES/GOULD
IGLESIA MONJE, M. I.	<i>El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías</i> Centro de Estudios Registrales, 2001 Citado como IGLESIA MONJE
ILLESCAS ORTIZ, R / PERALES VISCASILLAS, P	<i>Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme.</i> Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2003 Citado como ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS
LEISINGER, B. K.	<i>Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods</i> Sellier. European Law Publishers, 2007 Citado como LEISINGER
LEW J./MISTELIS L./KRÖLL. S	<i>Comparative International Commercial Arbitration</i> Kluwer Law International, 2003 Citado como LEW/MISTELIS/KRÖLL

LOOKOFSKY, J.	<p><i>Article 6. Freedom of Contract: Convention as Supplementary regime</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo6.html Citado como LOOKOFSKY: “<i>Article 6</i>”</p> <p><i>Understanding the CISG in the USA</i> Kluwer Law International Den Haag, The Netherlands, 1995 Citado como LOOKOFSKY: “<i>Understanding the CISG...</i>”</p> <p><i>International Encyclopaedia of Laws – Contracts</i> Suppl. 29 (December 2000) 1 – 192 J. Herbots editor / R. Blanpain general editor Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo25.html Citado como LOOKOFSKY “<i>Article 25</i>”</p>
MARFISI, S./ SALAGER, J. L.	<p><i>Cuaderno FIRP S853-PP – Deshidratación de crudo. Principios y tecnología</i> Universidad de los Andes Disponible en: http://www.firp.ula.ve/archivos/cuadernos/S853PP_Deshidratacion.pdf Citado como MARFISI/SALAGER</p>
McKENDRICK, E. (coord.)	<p><i>Sale of Goods</i> Lloyd’s Commercial Law Library, 2000 Citado como McKENDRICK</p>
NICHOLAS, B.	<p><i>Article 68</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html Citado como NICHOLAS</p>

PARDO GATO, J.R	<i>Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión</i> Dijusa Madrid, 2004 Citado como PARDO GATO
PARODI, G.	<i>La cláusula arbitral: efectos de la elección de la sede del arbitraje y el control judicial hacia un sistema de congruencias</i> Revista de Derecho (Universidad de Montevideo) vol. 4, 2003, págs. 49-80. Citado como PARODI
PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.	<i>Los Títulos representativos de la mercancía</i> Marcial Pons Madrid, 1994 Citado como PENDÓN MELÉNDEZ
PERALES VISCASILLAS, P.	<i>El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html Citado como PERALES VISCASILLAS
PETROCHILLOS, G	<i>Procedural Law in International Arbitration</i> Oxford, 2004 Citado como PETROCHILLOS
PINZÓN SÁNCHEZ, J.	<i>Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas</i> Disponible en: http://www.palacioslleras.com/VBeContent/library/documents/DocNewsNo37DocumentNo39.pdf

POUDRET, J.F / BESSON S.	<i>Comparative Law of International Arbitration</i> Thomson – Sweet & Maxwell Zurich, 2002 Citado como POUDRET/BESSON
REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA	<i>Diccionario de la Lengua Española</i> Vigésimo Segunda edición Disponible en : http://www.rae.es/rae.html Citado como RAE
RECALDE CASTELLS, A.	<i>El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa</i> Civitas, 1992 Citado como RECALDE
REDFERN, A./ HUNTER, M./	<i>Teoría y práctica de arbitraje comercial internacional</i> Thomson Aranzadi Navarra, 2006 Citado como REDFERN/HUNTER
REQUEJO ISIDRO, M	<i>Excepción de arbitraje y cláusula arbitral en el comercio internacional: pequeños avances, dudas imperecederas</i> Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2005 Citado como REQUEJO ISIDRO
RODRÍGUEZ OLMOS, J. M.	<i>Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista. Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual</i> Revista de Derecho Privado nº 14, 2008 Citado como RODRÍGUEZ OLMOS

RUBINO-SAMMARTANO, M.	<i>International Arbitration Law and Practice</i> Kluwer Law Arbitration, 2001 Citado como RUBINO-SAMMARTANO
SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, I.	<i>Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)</i> Oxford, 2005 Citado como SCHLECHTRIEM/SCHWENZER
SCHLECHTRIEM, P.	<i>The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem10.html Citado como SCHLECHTRIEM
SCRUTTON, T.E.	<i>Scrutton on Chaterparties and Bills of Lading</i> Sweet & Maxwell Londres, 1996. Ed. Revisada por BOYD, S. C./BURROWS, A. S./FOXTON, D. Citado como SCRUTTON
SENTNER, J.	<i>Who is Bound by Arbitration Agreements? Enforcement by and against Non-Signatories</i> Transnational Dispute Management vol. 2 issue 3, 2005 Citado como SENTNER
SPARKA, F.	<i>Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents. A comparative Analysis.</i> Hamburg Studies on Maritime Affairs Springer, Hamburgo, 2009 Citado como SPARKA

STURLEY,M.F/ FUJITA,T/ Van der ZIEL, G	<i>The Rotterdam Rules</i> Sweet & Maxwell London, 2010 Citado como STURLEY/ FUJITA/ Van der ZIEL
TETLEY, W.	<i>Marine Cargo Claims</i> Thomson Carswell, Quebec, 2008 Citado como TETLEY “ <i>Marine...</i> ” <i>Cláusulas de arbitraje en conocimientos de embarque</i> Anuario de Derecho Marítimo, Volumen VI, 1988, págs. 51-84. Citado como TETLEY, “ <i>Cláusulas de arbitraje...</i> ”
TODD, P.	<i>Incorporation of arbitration clauses into bills of lading</i> Journal of Business Law, 1997 Citado como TODD
TWEEDDALE, A./TWEEDDALE, K.	<i>Arbitration of Commercial Disputes</i> Oxford Nueva York, 2005 Citado como TWEEDDALE/TWEEDDALE
VALIOTI, Z.	<i>Passing of Risk in International sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html Citado como VALIOTI
VOSER, N.	<i>Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties</i> Kluwer Law International, 2009 Citado como VOSER

WAUQUIER, J. P.	<i>El refino del petróleo: petróleo crudo, productos petrolíferos, esquemas de fabricación</i> Ediciones Díaz de Santos, 2004 Citado como WAUQUIER
WILL, M. R.	<i>Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law.</i> Giuffrè: Milan (1987) 205 – 221 Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html Citado como WILL
WILSON, J. F.	<i>Carriage of Goods by sea</i> Pearson Longman, 2004 Citado como WILSON
ZELLER, B.	<i>Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> Oceana Publications, 2005 Citado como ZELLER
ZIEGEL, J. S.	<i>Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel25.html Citado como ZIEGEL
ZIEGLER, A. v./ SCHELIN, J./ZUNARELLI, S.	<i>The Rotterdam Rules 2008: Commentary to the United Nations Nations Conventions on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea</i> Kluwer Law International, Citado como ZIEGLER/SCHELIN/ZUNARELLI

LISTA DE JURISPRUDENCIA

Alemania	<p>Caso New Zealand mussels Oberlandesgericht Frankfurt am Main 20 de abril de 1994 Citado como Caso CLOUT nº 84</p> <p>Caso VIII ZR 51/95 Bundesgerichtshof 3 de abril de 1996 Citado como Caso CLOUT nº 171</p> <p>Caso Iron molybdenum Oberlandesgericht Hamburg 28 de febrero de 1997 Citado como <i>Iron molybdenum case</i></p> <p>Caso Pizza Cartons Amtsgericht Duisburg 13 de abril de 2000 Citado como Caso CLOUT nº 360</p>
España	<p>Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1983 Citada como <i>STS 17/06/1983</i></p> <p>Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2003 Citada como <i>STS 09/05/2003</i></p> <p>Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª), de 27 de enero de 2009 Citado como <i>Auto AP Madrid de 27 de enero de 2009</i></p>

	<p>Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, nº 110/2009, de 15 de septiembre de 2009</p> <p>Citado como <i>Auto AP Salamanca de 15 de septiembre de 2009</i></p>
Estados Unidos	<p>Caso Mollinelli, Giannusa & Rao, Inc., et. al. v. Navigazione Libera Triestina et. al. (<i>The Carso</i>)</p> <p>Court of appeals for the Second Circuit</p> <p>4 de agosto de 1931</p> <p>Citado como <i>The Carso</i></p> <p>Caso Artemis Maritime Co. v. Southwestern Sugar & Molasses Co. (<i>The Demosthenes</i>)</p> <p>Court of appeals for the Fourth Circuit</p> <p>11 de mayo de 1951</p> <p>Citado como <i>Artemis Maritime v. Southwestern Sugar</i></p> <p>Caso Copco Steel & Engineering Co. v. S/S Alwaki, and Black Diamond Steamship Corp, and Van Nievelt Goudriaan & Co. Scheepvaart Maatschappij N.V.</p> <p>United States District Court for the Southern District of New York</p> <p>6 de mayo de 1955</p> <p>Citado como <i>Copco Steel v. Alwaki</i></p> <p>Caso M. S. Cowen Co. v. American President Lines Ltd.</p> <p>United States District Court for the Northern District of California</p> <p>5 de diciembre de 1958</p> <p>Citado como <i>Cowen v. American President Lines</i></p> <p>Caso Savannah Sugar Refining Corporation v. SS Hudson Deep</p> <p>United States District Court for the Southern District of New York</p> <p>5 de enero de 1968</p> <p>Citado como <i>Hudson Deep</i></p>

	<p>Caso Sidney J. Groban et. al. and Union tractor Ltd. v. S.S. Pegu and American Casualty Company United States District Court for the Southern District of New York 23 de julio de 1971 Citado como <i>Groban v. Pegu</i></p> <p>Caso Amstar Corporation v. S.S. Naashi United States District Court for the Southern District of New York 1976 Citado como <i>Amstar Corporation v. Naashi</i></p> <p>Caso Armada Coal Export Inc. v. Interbulk, Ltd. Court of Appeals for the Eleventh Circuit Marzo de 1984 Citado como <i>Armada v. Interbulk</i></p> <p>Caso Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute Supreme Court 17 de abril de 1991 Citado como <i>Carnival Cruise</i></p> <p>Caso Vimar Seguros v. Sky Reefer Supreme Court 19 de junio de 1995 Citado como <i>Vimar Seguros</i></p> <p>Caso Steel Warehouse Company, Inc. v. Abalone Shipping Ltd. Of Nicosai Court of Appeals for the Fifth Circuit Julio 1998 Citado como <i>Steel Warehouse</i></p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Caso Hugh Collins v. International Dairy Queen, Inc. and American Dairy Queen Corp. United States District Court for the Middle District of Georgia 31 de mayo de 2000 Citado como <i>Hugh Collins v. International Dairy Queen</i></p> <p>Caso <i>Orange Chicken LLC v. Nambe Mills, Inc.</i> Southern District of New York 19 de diciembre de 2000 Citado como <i>Orange Chicken</i></p> <p>Caso Continental Florida Materials Inc. V. M/V Lamazon United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division 25 de febrero de 2004 Citado como <i>Continental Florida</i></p>
Francia	<p>Caso Compagnie de Navigation Européene v. Ferruzzi & Bonno Sorveglianza Trib. Aix-en-Provence 9 de diciembre de 1960 Citado como <i>Compagnie de Navigation Européene v. Ferruzzi</i></p> <p>Caso M. Marques Roque Joachim v. La Sarl Holding Manin Rivière Cour d'appel de Grenoble (ch. commerciale) 26 de abril de 1995. Citado como <i>M. Marques Roque Joachim v. La Sarl Holding Manin Rivière</i></p>
Italia	<p>Caso Rocco Giuseppe & Figli S.p.a v. D.I.A.R. Maritime S.r.l, Corte de Casación 29 de noviembre de 1999 Citado como <i>Rocco Giuseppe & Figli v. D.I.A.R. Maritime</i></p>

Reino Unido	<p> Caso The Peter der Grosse Probate Division 22 de julio de 1875 Citado como <i>The Peter der Grosse</i> </p> <p> Caso Cox, Patterson & Co. v. Bruce & Co. Queen's Bench Division 1886 Citado como <i>Cox v. Bruce</i> </p> <p> Caso Hamilton & Co. v. Mackie & Sons Court of Appeal 1889 Citado como <i>Hamilton</i> </p> <p> Caso Compania Naviera Vasconzada v. Churchill King's Bench Division 1906 Citado como <i>Cia Naviera Vasconzada v. Churchill</i> </p> <p> Caso T. W. Thomas & Co. Ltd v. Portsea S.S. Co. Ltd House of Lords 1912 Citada como <i>Thomas v. Portsea</i> </p> <p> Caso New Chinese Antimony Company, Ltd v. Ocean Steamship Company, Ltd. Court of Appeal 26 de junio de 1917 Citado como <i>The New Chinese Antimony</i> </p> <p> Caso Silver v. Ocean Steamship Company, Ltd. Court of Appeal 11 de noviembre de 1929 Citado como <i>Silver v. Ocean Steamship</i> </p>
--------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Caso The Njegos Probate Division 19 de diciembre de 1935 Citado como <i>The Njegos</i></p> <p>Caso Riverstone Meat Company, Pty., Ltd. v. Lancashire Shipping Company, Ltd., (<i>The Muncaster Castle</i>) House of Lords 7 de febrero de 1961 Citado como <i>The Muncaster Castle</i></p> <p>Caso Union of India v. NV Reederij Amsterdam (<i>The Amstelslot</i>) House of Lords 15 de octubre de 1963 Citado como <i>The Amstelslot</i></p> <p>Caso The Merak Court of Appeal 28 de julio de 1964 Citado como <i>The Merak</i></p> <p>Caso The Annefield Court of Appeal 28 de octubre de 1970 Citado como <i>The Annefield</i></p> <p>Caso Miramar Maritime Corp. v. Holborn Oil Trading House of Lords 24 de mayo de 1984 Citado como <i>The Miramar</i></p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Caso Naviera Amazonica Peruana, SA v. Compañía Internacional de Seguros del Perú Court of Appeal 10 de noviembre de 1987 Citado como <i>Naviera Amazonica Peruana</i></p> <p>Caso Federal Bulk Carriers Inc v. C. Itoh Ltd Court of Appeal 1989 Citado como <i>The Federal Bulker</i></p> <p>Caso Aughton Ltd. v. M.F. Kent Services Ltd, Court of Appeal 4 November 1991 Citado como <i>Aughton v. M.F. Kent</i></p> <p>Caso Channel Tunnel Group Ltd. V. Balfour Beatty construction Ltd House of Lords 17 de febrero de 1993 Citado como <i>Channel Tunnel v. Balfour</i></p> <p>Caso Northern Shipping Co v Deutsche Seereederei GmbH (formerly Deutsche Seereederei Rostock GmbH) (<i>The Kapitan Sakharov</i>) Court of Appeal 3 de marzo de 2000 Citado como <i>The Kapitan Sakharov</i></p> <p>Caso Papera Traders Co. Ltd., and others v. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd. and others (<i>The Eurasian Dream</i>) Queen's Bench Division 7 de febrero de 2002 Citado como <i>The Eurasian Dream</i></p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Caso The owners of the cargo lately laden on board the ship “The David Agmashenebeli” v. The Owners of the ship “The David Agmashenebeli”</p> <p>Queen’s Bench Division</p> <p>31 de mayo de 2002</p> <p>Citado como <i>The David Agmashenebeli</i></p>
Suiza	<p>Caso Mattress</p> <p>Commercial Court of the Canton of Zurich</p> <p>24 de octubre de 2003</p> <p>Citado como Caso CLOUT nº 889</p> <p>Caso Menthol crystals</p> <p>Federal Supreme Court</p> <p>13 de enero de 2004</p> <p>Citado como Caso CLOUT nº 891</p>

HECHOS

1. CANUDOS OIL S.A. (“**CANUDOIL**”) es una sociedad destacada por la comercialización de crudo procedente del Estado de Paradisia. CANUDOIL se publicita como una de las primeras empresas que comercializó crudo del Desierto de Hircania, una de las regiones de Paradisia.
2. El 20 de octubre de 2010, Casa Verde Oil Co. (“**CASA VERDE**”) se puso en contacto con CANUDOIL manifestándole su interés en adquirir, antes del 30 de octubre de 2010, 30.000 m3 de crudo ligero y dulce de buena calidad, debido a la existencia de un pico de demanda que necesitaba cubrir con urgencia. En su respuesta, CANUDOIL señaló que tenía crudo con esas características, procedente de Paradisia y cargado a bordo del buque Ciudad Perros (el “**Buque**”), siendo porteador SVGPFA Transportes S.A. (“**SVA**”). CASA VERDE y CANUDOIL alcanzaron un acuerdo para la compraventa del crudo por un precio CIF Brent – 0,95 € por barril (la “**Compraventa**”).
3. El 21 de octubre de 2010 CASA VERDE recibió el conocimiento de embarque (el “**Conocimiento**”) y los certificados de calidad y de origen, y procedió al pago. El 22 de octubre de 2010 CANUDOIL envió a CASA VERDE el documento formal de la Compraventa para su firma. Tres días más tarde, CASA VERDE comunicó a CANUDOIL la existencia de un error en lo referente a la gravedad API del crudo. El 27 de octubre de 2010 CANUDOIL, tras las oportunas comprobaciones, confirmó a CASA VERDE de que el crudo embarcado se correspondía con el acordado en la Compraventa.
4. El día 29 de octubre de 2010, SVA entregó la partida de crudo a CASA VERDE. En ese mismo día, una inspección encargada por CASA VERDE reveló que un 40% del crudo se había contaminado con agua salada en una proporción del 8%. CASA VERDE decidió entonces resolver inmediatamente la Compraventa, poniendo el crudo a disposición de CANUDOIL para su retirada.
5. En paralelo, CASA VERDE llevó a cabo dos compraventas, una el 28 de octubre de 2010 y otra el 5 de noviembre del mismo año, siendo los precios del crudo superiores en esta última fecha. CASA VERDE reclama en concepto de daños la diferencia de precio entre la compra del 5 de octubre de 2010 y la Compraventa.

BREVE RESUMEN DE LA DISPUTA

6. CASA VERDE ha iniciado el presente arbitraje en el que pretende resolver conflictos distintos derivados de dos contratos diferentes e independientes: uno de compraventa (obviando la cláusula arbitral de este contrato) y otro de transporte (obviando que no es parte de este contrato). Como expondremos en esta contestación no existe una cláusula como la que CASA VERDE invoca, que vincule a las tres partes y que le permita sustanciar todas sus pretensiones y, por ello, el Tribunal deberá declararse incompetente para conocer del procedimiento iniciado por CASA VERDE.
7. En caso de que el Tribunal se declare competente, demostraremos a lo largo de este escrito, que CANUDOIL cumplió con todas las condiciones pactadas en la Compraventa, incluyendo las exigencias de entrega y calidad, del mismo modo que SVA cumplió con sus obligaciones, sin perjuicio de que –como también argumentaremos- CASA VERDE no tendría acción frente a SVA en ningún caso.
8. A medida que avancemos en la argumentación, podremos concluir que los incumplimientos alegados por CASA VERDE no fueron tales, y que en cualquier caso no justificaban el rechazo del crudo y la resolución de la Compraventa. Por último veremos que, aunque se considerase que existió un incumplimiento esencial, la reacción de CASA VERDE fue desproporcionada pues, en lugar de implementar una sencilla medida consistente en el filtrado del crudo, CASA VERDE, optó por resolver la Compraventa y desechar así la carga, incrementando injustificadamente el importe de la indemnización que ahora reclama.

ALEGACIONES DE LA PARTE PROCESAL

PRIMERA: NO EXISTE UN CONVENIO ARBITRAL QUE VINCULE A CASA VERDE CON CANUDOIL Y SVA

9. La Demandante alega que este Tribunal Arbitral es competente para conocer de la disputa surgida frente a CANUDOIL y SVA porque de la interpretación conjunta de la cláusula 5 del Conocimiento (“**Cláusula 5**”) y de la cláusula 34 de la Póliza (“**Cláusula 34**”) se infiere la existencia de un acuerdo arbitral válido que puede invocar [*Demanda, párr. 49*]. Alega también que dicho acuerdo vincula tanto a CANUDOIL como a SVA, por lo que puede plantear el arbitraje contra ambas conjuntamente. Sin embargo, esta parte sostiene que CASA VERDE intenta valerse de un convenio arbitral inexistente. En este apartado nos centraremos en las limitaciones del ámbito personal del acuerdo que CASA VERDE invoca, y dejaremos el análisis del ámbito material para la siguiente alegación. Así, en primer lugar, CASA VERDE no puede invocar la Cláusula 34 porque no es parte en ella (A). Y en cualquier caso, CASA VERDE no puede invocarla, porque CANUDOIL y SVA nunca han prestado su consentimiento para someterse a arbitraje con CASA VERDE (B).

A. CASA VERDE NO PUEDE INVOCAR LA CLÁUSULA 34 PORQUE NO ES PARTE EN ELLA

10. La Demandante afirma que se encuentra legitimada para invocar la Cláusula 34 porque la Cláusula 5 la incorpora por referencia [*Demanda, párr. 6*] y porque, en todo caso, quedaría legitimada en calidad de tercero [*Demanda, párr. 35*]. Por el contrario, esta parte afirma que la Cláusula 5 no legitima a CASA VERDE para la invocación de la Cláusula 34 (i). Asimismo, CASA VERDE tampoco puede invocar la Cláusula 34 en calidad de tercero (ii).

i. La Cláusula 5 no legitima a CASA VERDE para la invocación de la Cláusula 34

11. La Demandante invoca la Cláusula 34 a partir de una remisión efectuada por la Cláusula 5. De este modo, la Demandante confecciona un convenio arbitral a su medida, a partir de la interpretación conjunta e interesada de ambas. Por el contrario, esta parte sostiene que CASA VERDE no puede invocar la Cláusula 34 porque ni es parte de la Póliza en que se contiene, ni CASA VERDE se encuentra cubierta por el ámbito personal al que se remite la Cláusula 5. Comenzaremos analizando el texto de las cláusulas 5 y 34. La Cláusula 5 establece:

“Cualquier disputa que pueda surgir entre las partes en relación con este conocimiento de embarque se resolverá conforme a lo estipulado en la cláusula 34 de la póliza de fletamento referida en el anverso”

12. Asimismo, el tenor literal de la Cláusula 34 dispone lo siguiente:

“Cualquier disputa que pueda surgir en relación con esta Póliza de Fletamento se resolverá mediante arbitraje por un tribunal constituido por tres miembros nombrados de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid. La sede del arbitraje se determinará conforme a lo establecido en las Condiciones Generales del fletante. El idioma del arbitraje será el español”.

13. En este sentido, demostraremos que la Cláusula 34 no ha sido incorporada válidamente al Conocimiento. Y ello porque, al tratarse la Cláusula 34 de una cláusula arbitral, el análisis de su incorporación ha de ser más exhaustivo¹. En primer lugar, porque el consentimiento solo podrá ser prestado si no existe ninguna duda respecto al contenido de la cláusula². Y en segundo lugar, por la mínima relación de esta cláusula con el propio conocimiento³. Así, la doctrina y la jurisprudencia requieren “*palabras específicas de incorporación*” y total armonía entre la literalidad de la cláusula

¹ TODD, pág. 3: “Whatever the position for incorporation of other clauses, however, the courts have long adopted a stricter position for arbitration clauses”; TETLEY, “Cláusulas de arbitraje...”, pág. 64.

² *Aughton v. M.F. Kent*: solo si existe ese conocimiento de la cláusula, las partes podrán consciente y deliberadamente ser privadas del derecho a que un tribunal judicial resuelva sus disputas.

³ *Thomas v. Portsea*.

incorporada y los términos del Conocimiento⁴ (*vid. párr. 14*), optándose ante la duda por rechazar la incorporación⁵. Aunque la Cláusula 5 se refiera específicamente a la resolución de disputas, únicamente se remite a “*lo estipulado en la Cláusula 34*”, sin concretar que dicha cláusula es una cláusula arbitral. Pese a que la Demandante equipara la solicitud del Conocimiento a la aceptación del acuerdo arbitral [*Demanda, párr. 24*], ni CASA VERDE ni ningún tenedor del Conocimiento hubiera podido deducir de la simple lectura del mismo que la Cláusula 5 era un acuerdo arbitral. Por tanto, a pesar de los esfuerzos que hace la propia Demandante por acreditar su propio consentimiento [*Demanda párr. 15*], lo cierto es que no puede entenderse que CASA VERDE prestara su consentimiento al arbitraje por el mero hecho de ser destinatario del Conocimiento.

14. En paralelo, existe otro motivo de rechazo de la tesis de la Demandante que se deduce de la propia redacción de la Cláusula 34. Su ámbito, se limita únicamente a disputas surgidas de la Póliza; Póliza de la que CASA VERDE no es parte. No puede entenderse que la Cláusula 5 salve este obstáculo, porque ésta exige para su invocación la condición de ser parte en el Conocimiento. Las únicas “partes” consignadas en el Conocimiento son SVA (porteador) y CANUDOIL (cargador). CASA VERDE no aparece en el mismo ni siquiera como destinataria, pues el destinatario se deja “*A la orden de CANUDOS OIL SA*”. Por ello la Cláusula 5 tampoco puede interpretarse en el sentido de ampliar el ámbito personal de la Cláusula 34 hasta el punto de incluir en ella a una parte ajena a la Póliza. Así lo ha entendido la doctrina al afirmar que una póliza “*está pensada para resolver cuestiones entre naviero y fletador, y no la de los terceros que le son extraños. Y si, a tenor del mismo, el contrato solo surte efectos entre las partes que lo otorgan, difícilmente vamos a poder aplicar, en línea de principio, las disposiciones de la póliza a un tercero, el tenedor del conocimiento*”⁶. Las únicas partes de la Póliza son CANUDOIL y SVA, que aparecen en la misma como partes contratantes [*Doc. Sol. 19*], y solo ellas podrán invocar dicha cláusula, sin que la Cláusula 5 cumpla la función que CASA VERDE le atribuye.
15. En conclusión, y empleando las propias palabras de la Demandante, “*los derechos y obligaciones de un acuerdo de arbitraje se aplican exclusivamente a las partes de dicho acuerdo*” [*Demanda, párr. 19*], y por ello debemos concluir que desde un punto de vista del ámbito personal del acuerdo arbitral invocado, CASA VERDE queda excluida por no ser parte de la Póliza en que se contiene.

ii. CASA VERDE tampoco puede invocar la Cláusula 34 en calidad de tercero

16. Para salvar la debilidad del argumento de CASA VERDE como parte del Conocimiento y con ello del acuerdo de arbitraje conformado por las Cláusulas 5 y 34, CASA VERDE invoca la figura del tercero no signatario. En este segundo intento de sustentar la validez del arbitraje, la Demandante presenta la invocación de un acuerdo arbitral por parte de un tercero como una figura pacífica, llegando a afirmar que los tribunales suelen extender el acuerdo arbitral a un tercero por el simple hecho de que este lo conozca [*Demanda, párr. 29*]. Por el contrario, se trata de una cuestión sumamente controvertida precisamente por el origen consensual del arbitraje⁷ y la inexistencia de un principio de economía arbitral como el que existe en el campo judicial⁸. Así, es sumamente difícil en arbitraje consolidar distintas disputas en un solo procedimiento⁹.
17. El objeto de la figura del tercero no signatario es evitar que éste quede desprotegido ante un perjuicio

⁴ SCRUTTON, pág. 79. En cuanto a las palabras específicas de incorporación, en el sentido de que se pueda conocer la remisión a “arbitraje”, *Compagnie de Navigation Européene v. Ferruzzi*.

⁵ *The Annefield; The Merak; The Njegos*.

⁶ ARROYO, pág. 43; TETLEY: “*Cláusulas de arbitraje...*”, pág. 71: “*Una cláusula de arbitraje (...) debería ser oponible solo a las partes del acuerdo que contiene la cláusula*”.

⁷ REDFERN/HUNTER, párr. 3-73; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, párr. 498; VOSER, pág. 6; BAGOT/HENDERSON, pág. 430.

⁸ BORN, pág. 1; GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, pág. 1.

⁹ REDFERN/HUNTER, párr. 3-73: “*En los tribunales nacionales por lo general se pueden integrar partes adicionales o acumular acciones distintas. No obstante, en el ámbito del arbitraje esto es difícil y, en ocasiones, imposible, dado que el acuerdo arbitral se funda en el acuerdo de las partes*”.

derivado de un contrato del que no es parte cuando no tiene otra forma de resarcirse¹⁰. En este caso, existe una cláusula idónea para las disputas planteadas (*vid. párr. 40*) por lo que no cabe acudir a esta figura. En cualquier caso la Demandante cita ciertas teorías en absoluto aplicables al presente caso, como son la agencia, el *alter ego*, los grupos de empresa, el garante, la subrogación o la sucesión [*Demanda, párr. 24*]. Descartando estas teorías, nos centraremos únicamente en rebatir aquellas que podrían resultar aparentemente de aplicación: la doctrina del tercero beneficiario, y la del *equitable estoppel*.

18. No es posible considerar a CASA VERDE como un tercero beneficiario, pues para ello debería demostrar que las partes de la Póliza suscribieron la Cláusula 34 con la intención de beneficiar directamente a CASA VERDE¹¹. Algo imposible, dado que CANUDOIL y SVA ignoraban su existencia el día 7 de octubre de 2010, fecha de la firma de la Póliza [*Doc. Sol. 19*]. El transporte como contrato a favor de tercero no es admitido por gran parte de la doctrina¹², pero ni siquiera superando este obstáculo, es posible considerar que el supuesto tercero se convierte directamente en beneficiario del arbitraje¹³.
19. Por otro lado, la doctrina del *equitable estoppel* solo puede aplicarse si el tercero se ve beneficiado por el contrato en el que pretende incluirse¹⁴. El resultado del transporte no puede considerarse título suficiente, pues sería tanto como legitimar a cualquier contraparte en un contrato de compraventa para invocar derechos relativos a un contrato del que no es parte, pero que se relaciona de algún modo con esa compraventa. Por tanto CASA VERDE no podría invocar la Cláusula 34 ni siquiera en calidad de tercero, puesto que no existe ningún motivo que le avale para ello.

B. LA CLÁUSULA 34 NO VINCULA A CANUDOIL Y A SVA FRENTE A CASA VERDE

20. La Demandante sostiene que la Cláusula 5 le permite iniciar este arbitraje frente a CANUDOIL y SVA, pues las tres partes “*se encuentran vinculadas a la Cláusula 5*” [*Demanda párr. 18*]. Aun aceptando que la Cláusula 5 legitime a CASA VERDE para la invocación de la Cláusula 34, SVA y CANUDOIL alegan que no se hallan vinculados frente a CASA VERDE porque no han prestado el necesario consentimiento para ello.
21. El consentimiento de las partes continúa siendo requisito previo del arbitraje y condicionante de su validez¹⁵, con independencia de que el principio pro-arbitraje espiritualice los requisitos del acuerdo arbitral. El acuerdo arbitral funciona como la vía de acceso al arbitraje¹⁶, y dado que las tres partes no lo han consentido, la invocación de las Cláusulas 5 y 34 no resulta válida.
22. CASA VERDE equipara el conocimiento de la cláusula arbitral a su aceptación [*Demanda, párr. 28*], convirtiendo la mera invocación en una manifestación válida del consentimiento. No repara en la inseguridad que ello generaría para el resto de partes de la cláusula arbitral que quedarían vinculadas a cualquier lector de ésta. Lo absurdo de esta teoría lleva a rechazar su consecuencia, es decir, la vinculación de CANUDOIL y SVA a la Cláusula 34 por la simple invocación por CASA VERDE.
23. CANUDOIL y SVA recogieron en la Cláusula 34 su voluntad de quedar obligadas una frente a la otra y en relación a disputas surgidas de la Póliza. No mostraron, sin embargo, su voluntad de quedar vinculadas frente a CASA VERDE, empresa ajena a ambos en el momento de la firma de la Póliza. Tampoco consintieron, como veremos en la Alegación SEGUNDA, que por medio de la Cláusula 34 se pudiesen resolver controversias de la Compraventa. Consecuentemente, no han consentido la invocación por CASA VERDE de la Cláusula 34.

¹⁰ BAGOT/HENDERSON, pág. 438.

¹¹ SENTNER pág. 68 “*It must be proven that the contract parties intended the third party to be a direct beneficiary of the contract*”.

¹² RECALDE, pág. 235.

¹³ *Hugh Collins v. International Dairy Queen*.

¹⁴ DOUGLAS/HAMILTON, pág. 619; *Orange Chicken*.

¹⁵ REDFERN/HUNTER, párrs. 1-11 y 3-30; HANOTIAU, pág. 4.

¹⁶ CARBONNEAU, pág. 25.

24. CASA VERDE alude a la figura de la incorporación por referencia, para incluir la Cláusula 34 en el Conocimiento. Esta figura, que permite incorporar a un contrato una cláusula contenida en otro documento por la mera remisión¹⁷, tiene como objeto agilizar la negociación en un contexto de relaciones comerciales habituales. Por tanto, su invocación tiene pleno sentido en los contratos entre CANUDOIL y SVA, pero se ve superada por el carácter “excepcional” de la relación entre CANUDOIL y CASA VERDE [Sol. Arb. párr. 13]. En otras palabras, la finalidad de la remisión a la Cláusula 34 era la simplificación de los términos del Conocimiento a efectos de la relación entre CANUDOIL y SVA, pero nunca la invocación por CASA VERDE.
25. La misma conclusión se alcanza a partir de un análisis individualizado del consentimiento de cada una de las Demandadas. Por lo que respecta a CANUDOIL, ésta, ha de ser excluida del Conocimiento en caso de que CASA VERDE se considere parte del mismo, puesto que si CASA VERDE es parte del Conocimiento es solo porque CANUDOIL se lo ha transmitido [Sol. Arb. párr. 18] subrogándose en su posición. Es más, y en cualquier caso, las condiciones CIF pactadas, desvinculan a CANUDOIL frente a CASA VERDE en relación al transporte. Este motivo de rechazo de las pretensiones de la Demandante, consistente en la falta de legitimación *ad causam* de CANUDOIL será desarrollado en la parte sustantiva (*vid. párr. 89*). Por su parte, SVA únicamente mantiene la relación contractual de transporte con CANUDOIL, formalizada en la Póliza [Doc. Sol. 19], por lo que no ha podido prestar su consentimiento para quedar vinculada con CASA VERDE o con cualquier otro comprador del crudo.
26. **Conclusión:** Por todo lo anterior, resulta evidente que con independencia del consentimiento de CASA VERDE, ni CANUDOIL ni SVA han prestado su consentimiento para quedar vinculadas frente a CASA VERDE, lo que imposibilita la invocación de la Cláusula 34 por ésta.

SEGUNDA: EL ÁMBITO MATERIAL DE LA CLÁUSULA 34 NO PERMITE LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS SURGIDAS DE LA COMPRAVENTA

27. La Demandante invoca la Cláusula 34 para la resolución de diversas controversias de distinta naturaleza, alegando que la Cláusula 5 le permite abarcar todas ellas, ya deriven éstas del transporte o de la Compraventa. Por el contrario, las Demandadas sostienen que la Cláusula 34 solo puede ser invocada para resolver disputas derivadas de la Póliza (A). Por tanto, no cabe su invocación para las presentes disputas, dado que éstas derivan de la calidad del crudo adquirido y, por tanto, de la Compraventa (B).

A. LA CLÁUSULA 34 SOLO PUEDE SER INVOCADA PARA RESOLVER DISPUTAS DERIVADAS DE LA PÓLIZA

28. La Demandante ha iniciado el presente arbitraje sobre la base de que las presentes disputas surgirían todas ellas del Conocimiento. En este apartado, analizaremos el tipo de disputas que se pueden someter a la Cláusula 34, y si este ámbito se ve afectado de algún modo por la Cláusula 5. Una vez concluyamos sobre el tipo de disputas que pueden ser sometidas bajo el acuerdo arbitral que CASA VERDE ha invocado, analizaremos si las pretensiones planteadas exceden o no de su ámbito material.
29. CASA VERDE, trata de convencer a este Tribunal de que todas sus pretensiones surgen del Conocimiento, y que éste – de algún modo- lograría aunar tanto las disputas surgidas de la Compraventa, como de la Póliza. Para sustentar su postura, la Demandante presenta una especie de identidad entre el Conocimiento y la Póliza [Demanda, párr. 36], y una superposición de los ámbitos de la Póliza y la Compraventa, al afirmar que la primera “*se subordina*” a la segunda, y que poseen la “*misma causa*” [Demanda, párr. 36], todo ello con el propósito de difuminar los límites de las Cláusulas 5 y 34 del modo más favorable a sus intereses.
30. Este intento de confusión debe ser rechazado. El conocimiento de embarque y la póliza de transporte

¹⁷ POUDRET/BESSON párr. 213; ESPLUGUES MOTA párr. 137; RUBINO-SAMMARTANO pág. 210; TWEEDDALE/TWEEDDALE, párr. 4.15.

son documentos que atienden a objetivos diversos¹⁸. Así, mientras la Póliza recoge por escrito un contrato de transporte¹⁹, el Conocimiento instrumenta la propia operación de transporte²⁰, titulizando el derecho a obtener la mercancía embarcada en el puerto de destino. Por su parte, Compraventa y Póliza son igualmente documentos relativos a relaciones jurídicas diferenciadas, con distinta causa, objeto y parte. Basta referirse a las fechas de los documentos para constatar que la Póliza se contrató de modo anterior e independiente a la Compraventa, lo que trunca todo intento de subordinación.

31. En su reinterpretación de las Cláusulas 5 y 34, CASA VERDE pretende obviar el supuesto de hecho de la Cláusula 34 para poder ampliar dicha Cláusula a disputas surgidas del Conocimiento. Sin embargo, olvida que la literalidad de una cláusula limita su interpretación²¹. En este sentido, la Cláusula 34 exige para su aplicación la concurrencia de disputas “*en relación con esta Póliza de Fletamento*” [Doc. Sol. 19]. Este supuesto no concurre en este caso, por lo que no podría aplicarse la Cláusula 34.
32. Para que la Cláusula 5 ampliara el ámbito material de la Cláusula 34, tendría primero que incorporarla válidamente. Una cláusula arbitral de una póliza se entiende incorporada en un conocimiento de embarque si esta se declara aplicable para disputas surgidas de dicho conocimiento²². Esta condición no se cumple en el presente caso, dado que la Cláusula 34 solo se refiere a la Póliza, sin incluir disputas surgidas del Conocimiento, tal y como la jurisprudencia ha entendido en casos similares²³. Si realmente la Cláusula 34 pretendiera incluir estas disputas no se entiende por qué no las incluye expresamente. Por ello, la invocación de la Cláusula 34 por medio de la Cláusula 5 exigiría la verificación de una disputa que dimanara al mismo tiempo de la Póliza y del Conocimiento. Sin embargo, la disputa que aquí se plantea podría relacionarse, asumiendo el planteamiento de la Demandante, con el Conocimiento y con la Compraventa, lo que escapa del ámbito de la Cláusula 34.
33. De hecho, aun entendiendo ampliado el ámbito material de la Cláusula 5, ésta se referiría únicamente a “*disputas en relación con este conocimiento de embarque*”. Esta referencia es interpretada por la Demandante del modo más extenso posible, incluyendo en ella disputas surgidas tanto de la Compraventa como de la Póliza. Sin embargo, esta parte entiende que dicha interpretación extensiva de la misma debe rechazarse. Entre otras razones, porque tanto la Compraventa como la Póliza tienen sus propias cláusulas de resolución de disputas. En este contexto, la finalidad de la Cláusula 5 es la cobertura de disputas que otras cláusulas de resolución de controversias no abarquen, como las relacionadas con el Capitán del Buque, o con los puertos de carga y descarga, pero no las que la Demandante pretende.
34. Por lo tanto, la Cláusula 34 no podría ser invocada para la resolución de la disputa aun aceptando, como defiende la Demandada, que ésta derive del Conocimiento, dado que la Cláusula 34 solo abarca la resolución de controversias surgidas de la Póliza.

B. LAS PRETENSIONES EJERCITADAS POR CASA VERDE DERIVAN DE LA CALIDAD DEL CRUDO Y, POR TANTO, DE LA COMPRAVENTA

35. Como ya hemos adelantado, una vez se ha expuesto el ámbito material del acuerdo arbitral invocado por CASA VERDE, podremos concluir que el origen de las disputas se halla en la Compraventa y no en el Conocimiento, excediendo el ámbito de las Cláusulas 5 y 34 y por ello de la competencia de este Tribunal.
36. La propia Demandante reconoce que las disputas planteadas versan sobre la calidad del crudo adquirido, pues se refiere a “*las dos disputas acerca de la **calidad** del crudo*” [Demanda, párr. 42]. Además, la definición de calidad²⁴ como se expondrá en detalle en parte sustantiva, incluye la

¹⁸ ARROYO, págs. 13 y 15.

¹⁹ RECALDE, pág. 35.

²⁰ *Ib.* pág. 29.

²¹ SPARKA, pág. 79.

²² SCRUTTON, pág. 80.

²³ *Hamilton; The Miramar; Hudson Deep; Amstar Corporation v. Naashi; Armada v. Interbulk.*

²⁴ RAE, (primera acepción) “*propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten definir su valor*”.

gravedad y la adulteración del crudo como propiedades inherentes al mismo que afectan al estado en que éste se presenta al comprador, teniendo clara incidencia en su valor. Al situar el origen de las disputas en la calidad, podemos concluir que éstas surgen de la Compraventa.

37. La conclusión anterior, que sitúa en la Compraventa el origen de las disputas, puede alcanzarse por otras vías. Así, la propia CASA VERDE reconoce tal origen al tener que subsumir la Compraventa en el Conocimiento para invocar la Cláusula 5: *“la compraventa debe de quedar subsumida dentro del ámbito objetivo”* del Conocimiento [Demanda párr. 39]. Y lo cierto es que todas sus pretensiones pivotan sobre la gravedad del crudo y su contaminación, encontrando su origen en la descripción del crudo de la Cláusula 6 del documento formal de Compraventa [Doc. Sol. 10]. De hecho, CASA VERDE solo planteó sus primeras discrepancias al recibir el contrato de Compraventa [Doc. Sol. 11].
38. Tras clarificar el origen de la disputa, hemos de rechazar la interpretación de la Demandante, que busca confundir los ámbitos materiales del Conocimiento y la Compraventa para forzar su invocación de la Cláusula 34. El Conocimiento difiere de la Compraventa porque solo la segunda constituye un acuerdo de voluntades, ya que el Conocimiento, como documento instrumental del transporte²⁵, no puede constituir tal acuerdo²⁶. Además, una vez distinguidos ambos y situado el origen de la controversia en la calidad del crudo adquirido en la Compraventa, existe una cláusula específica para ésta distinta de la Cláusula 34 (*vid. párr. 40*), por lo que carece de sentido acudir a esta última.
39. Para sostener su origen en el Conocimiento, la controversia debería ser meramente documentaria, sin embargo CASA VERDE no la plantea así en su Demanda ni lo hizo en su carta de resolución [Doc. Sol. 15]. Probablemente, porque en ese caso, la Compraventa, habría quedado resuelta en cuanto CANUDOIL informó a CASA VERDE de que no existía ningún error en los documentos enviados [Doc. Sol. 12]. Sin embargo, la Demandante insistió en que en el acuerdo de voluntades se había pactado algo distinto de lo reflejado en los documentos [Doc. Sol. 13], y lo siguió haciendo hasta el rechazo del crudo [Doc. Sol. 15]. Se confirma así que el origen de la disputa lo sitúa CASA VERDE en el acuerdo previo de voluntades, y no en la mera redacción del Conocimiento.
40. Una vez situado el origen de la disputa en la calidad del crudo adquirido, llama la atención que la Demandante se dirija a la cláusula arbitral de la Póliza, interpretada a su medida, cuando existe una cláusula vinculante y adecuada para su pretensión. Ésta es la Cláusula 20 del contrato de Compraventa (**“Cláusula 20”**), cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Cualquier disputa o controversia surgida entre las partes en cuanto a la determinación de la **calidad del crudo** deberá resolverse mediante recurso a arbitraje de calidad, sometido a la determinación de un experto elegido de común acuerdo por las dos partes, y sometido a las Reglas del Instituto. Ello no supondrá, en ningún caso, la renuncia por las partes al recurso a otros mecanismos de resolución de controversias, en la medida en que se trate de preservar los derechos de las mismas.”*
41. Aunque la adecuación de la Cláusula 20 a la resolución de estas disputas es evidente, la Demandante niega que *“constituya un verdadero acuerdo arbitral”* que le vincule con CANUDOIL [Demanda, párr. 65], dado que no ha prestado su consentimiento. Sin embargo, CASA VERDE se mostró *“conforme”* con el contrato de Compraventa en que se contiene la Cláusula 20 [Doc. Sol. 11], con la única salvedad de la gravedad API del crudo, pero no de la Cláusula 20 a la que, insistimos, mostró su conformidad. De haber considerado que la Cláusula 20 era incompatible con la Cláusula 5, debería haber manifestado algo al respecto. CASA VERDE lo aceptó y no cabe que ahora pretenda unilateralmente desvincularse del acuerdo [Demanda, párr. 68], pues esto contravendría el principio que impide a las partes de un acuerdo arbitral retirar unilateralmente el consentimiento prestado²⁷.
42. CASA VERDE manifiesta en este punto una inconsistente interpretación del consentimiento en

²⁵ RECALDE, pág. 131.

²⁶ ARROYO, pág. 24: *“Al contrato de compraventa hay que referirse, en consecuencia, para conocer la situación jurídica del comprador, futuro tenedor del conocimiento”*.

²⁷ REDFERN/HUNTER, párr. 1-11.

relación con la defendida para la Cláusula 5. En ese caso, pese a que el acuerdo se contenía en dos documentos separados que requerían una interpretación conjunta [*Demanda*, párrr. 3 y 4], entendió que la simple solicitud del Conocimiento equivalía a la aceptación del acuerdo [*Demanda*, párrr. 24]. Es incomprensible que su postura sobre el consentimiento pase de ser absolutamente espiritualista, llegando a afirmar que basta con “conocer” la cláusula arbitral e “invocarla” ante el Tribunal, a totalmente formalista. Más aún cuando reserva la postura más formalista para rechazar una cláusula contenida en el único contrato del que es parte. No cabe “construir” un acuerdo de la nada y dejar en “nada” un acuerdo válidamente concluido, como es la Cláusula 20.

43. Una vez vertido el consentimiento expreso, la ausencia de firma no es obstáculo a la validez de la cláusula. Así, el principio consensual en materia arbitral califica la firma como un mero medio probatorio y no como requisito de validez²⁸, como queda recogido tanto el art. II del Convenio de Nueva York, como el art. 7 Ley Modelo²⁹. Tampoco es obstáculo que la Cláusula 20 se refiera a un arbitraje de calidad por un experto, pues ello no impide la exigibilidad de su cumplimiento³⁰. En este sentido, en *Channel v. Balfour* quedó claro que, los intereses del comercio implican que “*empresas comerciales importantes que negociaron en igualdad de condiciones con el respaldo de su larga trayectoria (...) al haber prometido plantear sus demandas ante los expertos (...) es a ellos a quienes deberían recurrir las apelantes*”³¹.
44. Por último, el inciso final de la Cláusula 20 no puede interpretarse como una referencia a la Cláusula 34, pues su sentido es únicamente aclarar que las controversias no referidas a la calidad del crudo pueden resolverse por otros medios. Sostener que este último inciso permite reconducir estas mismas disputas sobre la calidad a otros mecanismos de resolución de controversias desproveería de todo sentido el pacto de las partes, anulando así la autonomía de la voluntad que constituye la base de todo proceso arbitral. En cualquier caso, ante una hipotética colisión entre la Cláusula 34 y la Cláusula 20, no hay duda de que dicho conflicto debería resolverse a favor de esta última, dado que es la única cuyo ámbito material alcanza la presente disputa.
45. **Conclusión:** CASA VERDE no puede pretender la resolución de las disputas planteadas por medio de la Cláusula 34, dado que las presentes disputas proceden de la Compraventa y el ámbito de la Cláusula 34 se limita a disputas nacidas de la Póliza.

TERCERA: LA SEDE DE ESTE ARBITRAJE ES ALTIPLANIA POR HABER SIDO VÁLIDAMENTE PACTADA

46. Por último, la Demandante trata de imponer una sede interesada ignorando la establecida en el acuerdo arbitral del que asegura ser parte. Por el contrario, las Demandadas sostienen que debe respetarse el pacto de sede (A). De este modo, se solicita al Tribunal que declare que la sede arbitral es Altiplania porque las Condiciones Generales de SVA (“CCGG”) resultan plenamente válidas para determinar la sede de este arbitraje (B) y por ello se solicita de este Tribunal que haga valer Altiplania como sede del arbitraje, rechazando los intentos de CASA VERDE de imponer una sede distinta (C).

A. ESTE TRIBUNAL HA DE ORDENAR EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA FIJACIÓN DE LA SEDE ARBITRAL

47. CANUDOIL y SVA establecieron en el acuerdo arbitral, la remisión a las CCGG para la determinación de la sede arbitral. La libre elección de sede por las partes se consagra como un principio básico en materia de arbitraje³². Así se encuentra recogido en el art. 20.1 Ley Modelo, que dispone que “*las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje*”. Dado que en el presente caso existe un convenio válido entre las partes, la sede arbitral será la recogida en las CCGG

²⁸ GRAHAM, pág. 3; ESPINOSA CALABUIG, pág. 15; *STS 17/06/1983*; *STS 09/05/2003*.

²⁹ Informe CNUDMI A/61/17, párr. 164: el fin de la opción II del art. 7 Ley Modelo es suprimir “*todos los requisitos en cuanto a la forma*” que pudieran desvirtuar el consentimiento prestado.

³⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, párrs. 26 y 27.

³¹ *Channel Tunnel v. Balfour*

³² REDFERN/HUNTER, párr. 6.12; PARODI, pág. 53; DORE, pág. 103.

incorporadas a dicho convenio. De hecho, de cara a la efectividad del laudo, es una de las obligaciones de todo tribunal arbitral el garantizar que el procedimiento se ajuste al acuerdo entre las partes y a la *lex arbitri*³³. Una vez se determine que el pacto de sede fue válido, el Tribunal deberá consecuentemente rechazar la sede propuesta por CASA VERDE.

48. Al margen del debate jurídico, resulta incomprensible a este parte, el interés de la Demandante en modificar la sede pactada. Más aún teniendo en cuenta que la ley aplicable al procedimiento, una de sus principales consecuencias³⁴, será Ley Modelo en cualquier supuesto³⁵, pues tanto Altiplania como Madre Patria la han adoptado [OP 2, párr. 4]. CASA VERDE tampoco puede vulnerar el pacto de sede alegando que la sede propuesta por ella es la idónea por ser el lugar de entrega de las mercancías [Demanda, párr. 61]. A este respecto, el propio art. 20.2 Ley Modelo señala que el tribunal arbitral podrá reunirse “*en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos y a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos*”. Esta posibilidad permite que, sin modificar el lugar jurídico del arbitraje, se modifique el lugar físico³⁶. Por tanto, si todo el interés de la Demandante por situar la sede en Matrice reside en la cercanía a las pruebas que pretenda aportar, esta parte no tiene ningún inconveniente en que el Tribunal celebre sus audiencias en Matrice, pero manteniendo siempre la sede en Altiplania.

B. EL PACTO DE SEDE EN LAS CCGG ES PLENAMENTE VÁLIDO

49. Con el propósito de eludir el pacto de sede, la Demandante niega la validez de Altiplania como sede arbitral porque está determinada en unas CCGG que según CASA VERDE, no formarían parte del acuerdo arbitral [Demanda párr. 49], y porque entiende que, en cualquier caso, no puede imponerse una sede fijada en unas condiciones generales.
50. En contra de lo afirmado por la Demandante, la propia Cláusula 34 remite, para la determinación de la sede del arbitraje, a “*lo establecido en las Condiciones Generales del fletante*” [Doc. Sol. 19]. Defenderemos aquí que, de entenderse incorporada la Cláusula 34, debe concluirse que ésta incorpora igualmente la Cláusula 57 para determinar la sede arbitral.
51. La Cláusula 57 sitúa la sede del tribunal arbitral “*en el país en el que SVGPFA Transportes tenga, en el momento de la firma del contrato, su domicilio*” [Doc. Sol. 21]. CASA VERDE afirma que “*no pudo verter un consentimiento válido*” acerca de la sede arbitral dado que “*conforme a una diligencia ordinaria*” fue incapaz de conocer su contenido [Demanda, párr. 48]. Llama significativamente la atención que la Demandante haya sido incapaz de conocer las CCGG cuando, sin embargo, ha sido capaz de conocer la Póliza, contrato privado suscrito entre dos partes y que también es incorporado por referencia a la Cláusula 5. De hecho, si no le fueron facilitadas, debía haberlas solicitado ante la remisión que la Cláusula 34 efectuaba a las mismas³⁷. En este sentido, el nivel de diligencia exigido a un profesional es muy superior al de un consumidor, pues la jurisprudencia reciente señala el deber que pesa sobre el profesional de “*preguntar o interesarse, o documentarse, acerca de en qué consistían dichas Condiciones Generales y a que le obligaban exactamente*”³⁸. En ningún caso podría CASA VERDE considerarse parte débil de la relación, dado que por su envergadura no se deberían producir asimetrías de información³⁹. Todo lo anterior resulta aún más sorprendente cuando es la propia Demandante la que ha presentado un extracto de dichas CCGG en el que se recoge la Cláusula

³³ Art. 34.2.a) iv) Ley Modelo.

³⁴ PETROCHILLOS, párr. 2-08; POUDRET/BESSON, párr. 115.

³⁵ Lo mismo sucedería con el Convenio de Nueva York.

³⁶ BINDER, párr. 5-036; Naviera Amazonica Peruana.

³⁷ En este sentido, *vid.* PINZÓN SANCHEZ “*Para que las Condiciones Generales se entiendan incorporadas en un contrato, no se requiere de su efectivo conocimiento por parte del adherente, sino, simplemente de la posibilidad efectiva de conocerlas (...)*”.

³⁸ Auto AP Salamanca de 15 de septiembre de 2009. En este sentido, *vid.* también Auto AP Madrid de 27 de enero de 2009: “*Estamos por tanto, ante un contrato entre profesionales y como ya hemos dicho, es de esperar el examen detenido de los términos del contrato propuesto, incluido en el mismo el sometimiento a arbitraje de toda discrepancia o litigio*”, en referencia al art. 9.2 Ley Arbitraje 60/2003, en relación con el art. 7 Ley Modelo (opción II).

³⁹ REQUEJO ISIDRO, pág. 274.

57 [Doc. Sol. 21].

52. En resumen, si la voluntad de CASA VERDE es quedar vinculada a la Cláusula 34, deberá hacerlo a la totalidad de la misma, incluyendo entonces las CCGG para establecer la sede arbitral.
53. En cuanto al contenido de las CCGG, la elección del domicilio del porteador no interfiere en absoluto en la validez de la remisión. En primer lugar, hemos de descartar el principio *contra proferentem* al que la Demandante alude [Demanda párr. 49] y que señala que las cláusulas ambiguas se interpretarán en contra de quien las estipula. El carácter subsidiario de este principio, aplicable solo cuando la duda sea irresoluble⁴⁰, impide aplicarlo a la Cláusula 57. Así, los términos de la Cláusula 57 son precisos al remitir a un lugar concreto, el “domicilio”, en un momento preciso, el “de la firma del contrato”. También rechazamos el principio de neutralidad que la Demandante entiende vulnerado, ya que la neutralidad es un presupuesto de cualquier tribunal arbitral inherente a la idea misma del arbitraje⁴¹ y, por tanto, no puede ser puesto en duda. Por último, tampoco podría alegar desprotección por la elección como sede del domicilio del porteador, pues se trata de una práctica plenamente admitida entre la jurisprudencia⁴² que no implica desproteger a las partes intervinientes.
54. En concreto, la incorporación de convenios arbitrales en contratos de adhesión es admitida también por la jurisprudencia⁴³, máxime cuando ésta se realiza únicamente para establecer la sede arbitral, elemento no esencial de la cláusula⁴⁴. Pretender ahora modificar lo pactado sería anular el principio de autonomía de la voluntad de las partes a la que cualquier póliza se somete⁴⁵. CASA VERDE no puede rechazar la remisión a las CCGG por el simple hecho de no haberlas negociado, pues tampoco pudo negociar el acuerdo arbitral en el que ésta se contiene, y sin embargo lo invoca.
55. En conclusión, la remisión de la Cláusula 34 a la Cláusula 57 es plenamente válida aunque CASA VERDE no la haya negociado. Su contenido tampoco supone un obstáculo, dado que CASA VERDE no es una parte débil de la relación, por lo que la fijación de la sede en el domicilio de SVA no puede considerarse abusiva y debe ser respetada.

C. EL TRIBUNAL DEBE RESPETAR LA ELECCIÓN DE ALTIPLANIA Y RECHAZAR MATRICE COMO SEDE DEL ARBITRAJE

56. La Demandante no solo elude el pacto de sede contenido en el acuerdo arbitral que invoca, sino que trata de imponer Matrice como sede. Para sustentar Matrice como sede, CASA VERDE, recurre a la aplicación de las Reglas Rotterdam (“RR”), y al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid (“RCAM”). Esta parte sostiene que CASA VERDE no puede recurrir a ninguna de estas normas puesto que no son aplicables y, en cualquier caso, son de aplicación subsidiaria a un pacto válido de sede como el presente.
57. En primer lugar, la Demandante se ampara en las RR debido a su carácter tuitivo con el tenedor de un conocimiento de embarque. En particular, CASA VERDE, recurre al Capítulo 15, que faculta al demandante para la elección de sede. Sin embargo, este capítulo no es aplicable al acuerdo arbitral en el presente caso, por lo motivos que a continuación exponremos. Así, la aplicabilidad de las RR en lo que a CASA VERDE respecta viene determinada por el art. 7 RR, relativo a la aplicación de las RR al tenedor de un conocimiento de embarque que no es parte originaria en la póliza de fletamento. En este supuesto, el art. 76.2 RR obliga al tenedor a quedar vinculado a todos los términos del acuerdo arbitral⁴⁶ incluido en dicha Póliza, cuando este tenedor ha podido individualizarla. Esta

⁴⁰ PARDO GATO, pág. 175; RODRIGUEZ OLMOS pág. 3.

⁴¹ POUDRET/BESSON, párr. 148.

⁴² *Auto AP Salamanca de 15 de septiembre de 2009*.

⁴³ *Vimar Seguros; Carnival Cruise*.

⁴⁴ PARODI, pág. 51.

⁴⁵ ARROYO, pág. 10: “la característica más destacable de la póliza es que está sometida a la libre voluntad de las partes. Naviero y fletador, en función de su poder contractual, negocian cada una de las condiciones que estimen oportuno”.

⁴⁶ BAATZ/DEBATTISTA, párr. 76-01; HOOPER, pág. 329

individualización se presume que existe cuando concurren dos requisitos: la identificación de la póliza y la incorporación específica de la cláusula.

58. La Demandante no pone en duda la incorporación de la Cláusula 34, pues ella misma la alega. En cuanto a la identificación de la Póliza, el art. 76.2 b) se refiere a la identificación de las partes y de la fecha. La primera es indiscutible porque CANUDOIL y SVA figuran en el Conocimiento como cargador y porteador respectivamente [*Doc. Sol. 3*]. En cuanto a la fecha, aparece como un requisito complementario a las partes, de modo que no supone un obstáculo que no se consigne expresamente, pues la Demandante afirma que “*estaba al corriente*” de sus términos [*Demanda párr. 29*]. Además, la jurisprudencia ha flexibilizado la exigencia de incluir la fecha del contrato de fletamento en el documento de transporte, aceptando los casos en los que sea posible identificar el contrato por otros medios⁴⁷. Cumplidos entonces los requisitos del art. 76.2 RR, prevalece el acuerdo de las partes.
59. En segundo lugar, la Demandante acude al art. 17.1 RCAM, defendiendo que éste establece Matrice como sede arbitral. Antes de entrar en esta cuestión, y, aun considerando válida la cláusula arbitral invocada en los términos propuestos por CASA VERDE, debe manifestarse que esta parte no admite, en ningún caso, la competencia de la Corte de Arbitraje de Madrid (“CAM”) para la administración de este arbitraje. La Cláusula 34 no somete “*la resolución de sus diferencias*” a la Corte de Arbitraje de Madrid, como exige el art. 2.2 RCAM, sino tan solo que el tribunal se nombre “*de conformidad con las Reglas de la Corte de Arbitraje de Madrid*”. Por tanto, la referencia a la CAM se efectúa solo en calidad de autoridad nominadora, figura plenamente admitida⁴⁸, como la propia cláusula acota. Para el caso de que se entendiera que el RCAM es aplicable, lo cierto es que el art. 17.1 RCAM establecería Matrice como sede “*salvo que exista pacto en contrario*”, primando así la voluntad de las partes (*vid. párr. 47*) y, por tanto, Altiplania como sede pactada.
60. **Conclusión:** Este Tribunal debe rechazar la pretensión de la Demandante de imponer Matrice como sede del arbitraje, dado que ésta se sustenta sobre dos normas inaplicables al caso. En resumen, el Tribunal debe hacer respetar el pacto de sede y establecer Altiplania como sede del arbitraje.

ALEGACIONES DE LA PARTE SUSTANTIVA

CUARTA. EL CRUDO ENTREGADO ES CONFORME A LA COMPRAVENTA

61. La Demandante sostiene, a título principal, que el crudo entregado no es conforme puesto que considera que se le entregó crudo con una gravedad inferior a la pactada [*Demanda, párr. 73 y ss.*]. Como argumentaremos a continuación, el crudo solicitado por CASA VERDE fue crudo ligero, y crudo ligero fue precisamente lo que CANUDOIL le entregó. Los argumentos de la Demandante relativos a la procedencia del crudo, el contrato celebrado anteriormente entre las partes, o un supuesto uso específico del crudo no cambian esta conclusión (A). Por ello, el incumplimiento denunciado por CASA VERDE debe ser rechazado porque el crudo ligero de 31° API entregado por CANUDOIL es conforme a la Compraventa (B).

A. CASA VERDE SOLICITÓ CRUDO LIGERO

62. El crudo solicitado por CASA VERDE, y el acordado con CANUDOIL, fue crudo ligero y dulce, que fue lo que se entregó (i). También se cumplió con la entrega de crudo de la procedencia acordada, ya que CASA VERDE en ningún momento solicitó crudo del Golfo de Farsia (ii). Además, el anterior contrato celebrado entre las partes en agosto de 2009 no constituye una práctica comercial vinculante (iii). Finalmente, veremos que CASA VERDE no comunicó ningún uso especial que obligara a CANUDOIL a entregar un crudo con unas condiciones especiales (iv).

⁴⁷ *Continental Florida; Steel Warehouse*

⁴⁸ HULEATT-JAMES/GOULD pág. 53; REDFERN/HUNTER párr. 4-35; LEW/MISTELIS/KRÖLL, párr.3-12

i. El crudo de 31° API es crudo ligero

63. La Demandante alega que el crudo que solicitó era crudo ligero de 33° a 38° API y, por ello, entiende que el crudo de 31° API entregado por CANUDOIL no sería conforme con lo pactado, llegando a calificarlo como crudo no ligero [*Demanda, párr. 73 y ss.*]. De esta forma, la discrepancia entre las partes surge en relación con qué se entiende por crudo ligero. Así, mientras que CASA VERDE sostiene que crudo ligero es crudo con una gravedad a partir de 33° API, CANUDOIL mantiene que el crudo de 31° API es también crudo ligero. La cuestión principal a decidir será, por tanto, qué se entiende habitualmente por crudo ligero y qué podía esperar CASA VERDE cuando especificó únicamente que el crudo que necesitaba era crudo ligero.
64. Tal y como indica la propia Demandante [*Demanda, párr. 79*], no existe consenso acerca de a partir de qué grados API puede hablarse de crudo ligero. De esta forma, la solicitud genérica de crudo ligero realizada por CASA VERDE [*Doc. Sol. 2*] no puede implicar una gravedad API determinada.
65. La ligereza del crudo debe examinarse según el estándar internacional en el mercado de crudo. En este sentido, el Anuario Estadístico PEMEX 2010 define el crudo ligero como aquél cuya densidad o gravedad se sitúa entre 27° y 38° API. En los mismos términos, el art. 2 National Energy Board Act of Canada define crudo ligero como el que posee una densidad inferior a 875.7 kg/m³ (30.1° API), al igual que ECOPETROL. Del mismo modo, el Sistema de Oleoducto Transecuatoriano (SOTE) considera crudo ligero el situado por encima de 29° API⁴⁹. Por tanto, no existe consenso sobre el nivel de gravedad API a partir del cual se puede calificar el crudo de ligero, si bien son numerosas las organizaciones que consideran que el crudo de 31° API es crudo ligero.
66. Por ello, cuando en la conversación telefónica del 20 de octubre de 2010, CASA VERDE manifestó su interés en adquirir con urgencia 30.000 m³ de crudo ligero [*Doc. Sol. 2*], sin mayor precisión, CASA VERDE no podía esperar que el crudo solicitado fuera de 33° a 38° API. Llama la atención de esta parte, y entendemos que también llamará la atención del Tribunal, que si los grados de ligereza eran para la Demandante de tan vital importancia como ahora afirma, no especificara en ningún momento dichos grados, limitándose a realizar una descripción genérica de la mercancía.
67. En el caso *Menthol crystals*⁵⁰, en el que el comprador pretendió sustentar el rechazo de la mercancía en una variación de los cristales de mentol entregados de entre 0,4 y 4 centímetros, el tribunal determinó que el vendedor cumplió con su obligación puesto que el comprador no había especificado en su solicitud qué entendía por “grandes cristales”, de forma que si pretendía obtener una medida determinada debía haberlo expresado.
68. Por tanto, no existiendo consenso en la definición de crudo ligero, si CASA VERDE pretendía adquirir crudo con un determinado nivel de gravedad, así debía haberlo indicado. Por ello, la solicitud genérica de crudo ligero no determina que CANUDOIL quedase obligada a entregar crudo de 33° a 38° API como el que ahora reclama la Demandante, ajustándose el crudo ligero de 31° API entregado a la solicitud efectuada por CASA VERDE.

ii. CASA VERDE no solicitó crudo del Golfo de Farsia

69. Siendo CASA VERDE consciente de que únicamente especificó su interés en adquirir crudo ligero, intenta buscar otros argumentos para sostener su rechazo del crudo por falta de conformidad. Así, CASA VERDE sostiene que habría solicitado crudo procedente del Golfo de Farsia por entender que éste reúne las características de ligereza que ahora reclama [*Demanda, párr. 75*].
70. Este argumento debe ser igualmente rechazado por varios motivos. En primer lugar, porque CASA VERDE tampoco especificó nunca que quisiera crudo farsi, *i.e.* procedente del Golfo de Farsia. En la

⁴⁹ Anuario Estadístico PEMEX 2010, pág. 72, disponible en: <http://www.ri.pemex.com/files/content/7sae10.pdf>; art. 2 National Energy Board Act of Canada: “light crude oil means a substance that has a density equal to or less than 875.7 kg/m³”; Carta Petrolera ECOPETROL, n° 112; SOTE, disponible en: <http://www.sote.com.ec>.

⁵⁰ Caso CLOUT n° 891.

conversación del 20 de octubre de 2010, CANUDOIL informó a CASA VERDE de que el crudo cargado en el Buque procedía de Paradisia [*Doc. Sol. 2*], Estado al que pertenecen tanto Farsia como Hircania [*Ord. Pro. 2, párr. 8*], sin que la Demandante especificara en ningún momento que quería crudo de una zona concreta. En consecuencia, CASA VERDE no puede ahora defender que esperaba un crudo de mayor ligereza por haber acordado la compra de crudo farsí, porque CANUDOIL nunca asumió la obligación de entregar crudo procedente del Golfo de Farsia.

71. CASA VERDE tampoco puede sostener ahora que la referencia a crudo de Paradisia le hizo creer que se trataba de crudo farsí, o al menos no sospechar lo contrario. CASA VERDE conocía, a través de la información publicitaria enviada el 3 de julio de 2010, entre otras personas, a D^a Julia Urquidí Illanes (*trader* de CASA VERDE que negoció la Compraventa) y de la información disponible en la página web de CANUDOIL, que ésta se había especializado en la comercialización de crudo procedente del desierto de Hircania [*Doc. Resp. Sol. 2 y Ord. Pro. 2, párr. 8*]. De hecho, en el ejercicio 2009 el valor de las transacciones sobre crudo procedente del desierto de Hircania realizadas por CANUDOIL superó en 100 millones € al de las transacciones con crudo del Golfo de Farsia [*Doc. Resp. Sol. 2*]. Por ello, conociendo la actividad llevada a cabo por CANUDOIL, la Demandante debió haber concretado el origen del crudo si pretendía que se le entregara específicamente crudo del Golfo de Farsia.
72. Es más, aunque se admitiera por este Tribunal que CASA VERDE creía estar adquiriendo crudo farsí, esto no cambiaría la conclusión sobre la conformidad del crudo de 31° API. Y ello porque, en una misma región geográfica, la densidad del crudo varía de un yacimiento a otro y también de un pozo a otro dentro de un mismo campo. Por ejemplo, de 38° API a 32° API en el campo de Ghawar, en Arabia Saudita⁵¹. En consecuencia, CASA VERDE no podría tampoco esperar que el crudo de Farsia reuniera unas características de gravedad concretas, porque ésta depende a su vez del pozo del que se extraiga el crudo.
73. Además, y en cualquier caso, solicitamos a este Tribunal que rechace los intentos de la Demandante de sugerir que el crudo procedente del desierto de Hircania es de baja calidad. Como demostraron los tests realizados por las autoridades de Paradisia, el nivel de azufre del crudo de Hircania se encuentra por debajo de 0,5% (cumpliendo así el requisito de dulzura requerido por CASA VERDE), mientras que el crudo farsí, reclamado ahora por la Demandante, contiene una concentración de azufre superior a dicha cantidad [*Doc. Resp. Sol. 5*]. En consecuencia, los tests realizados sobre el crudo de Hircania han avalado su buena calidad, superando incluso la del crudo procedente de otras regiones.
74. En suma, el crudo solicitado por CASA VERDE y acordado con CANUDOIL en la Compraventa fue crudo ligero y dulce procedente de Paradisia, sin que en ningún momento se especificara un grado concreto de ligereza o un origen específico del mismo.

iii. El contrato de agosto de 2009 no constituye una práctica comercial vinculante

75. CASA VERDE sostiene que, aunque no concretara unos determinados grados de ligereza, CANUDOIL no podía ignorar el nivel de gravedad reclamado en virtud de los términos de la transacción que tuvo lugar entre las partes en agosto de 2009 [*Demanda, párr. 76*]. Pues bien, las prácticas comerciales son conductas establecidas entre los intervinientes del negocio para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones que, por la habitualidad o regularidad con la que se han venido practicando en el transcurso de contratos anteriores, se consideran vinculantes para los mismos⁵². La doctrina y la jurisprudencia sostienen que una única transacción no es suficiente para estimar la existencia de una práctica comercial, requiriéndose una relación duradera y regular⁵³.
76. De este modo, en ningún caso se puede sostener que CANUDOIL debía conocer la intención de CASA VERDE ya que la única transacción que había tenido lugar entre ambas no constituye una práctica

⁵¹ WAUQUIER, pág. 314.

⁵² ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, pág. 126; HONNOLD, pág. 126; CRUCELAEGUI, pág. 139.

⁵³ *Ib.*; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, pág. 145; Díez-PICAZO, pág. 137; Caso CLOUT n° 889.

negocial vinculante. A efectos ilustrativos, se cita el caso *Pizza Cartons*⁵⁴, en el que el tribunal desestimó las alegaciones del comprador declarando que la existencia de sólo dos contratos anteriores entre las partes no era suficiente para poder hablar de una práctica negocial vinculante conforme al art. 9.1 CCIM. En cualquier caso, en agosto de 2009 CASA VERDE se limitó igualmente a solicitar crudo ligero y dulce [*Ord. Pro. 2, párr. 7*], por lo que a partir de aquella transacción tampoco sería posible inferir un nivel de gravedad API concreto.

77. Por tanto, el único precedente contractual existente entre las partes no constituye una práctica negocial vinculante por la que CANUDOIL estuviera obligada a entregar crudo de 33° - 38° API como el que ahora exige CASA VERDE.

iv. CASA VERDE no comunicó ningún uso específico a CANUDOIL

78. Adicionalmente, CASA VERDE alega que CANUDOIL no cumplió su obligación contractual al entregar crudo no apto para el uso específico que se le hizo saber [*Demanda, párr. 84 y ss.*]. Sin embargo, como veremos, la Demandante no comunicó ni expresa ni tácitamente ningún uso especial en relación al crudo solicitado en el momento de la celebración de la Compraventa. Más aún, en la Compraventa se excluyó expresamente cualquier uso específico del crudo.
79. El art. 35.2.b CCIM establece que “*salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato*”. La doctrina señala que el uso específico debe ser puesto en conocimiento del vendedor expresa o tácitamente para que éste quede obligado por él⁵⁵. Si CASA VERDE pretendía utilizar el crudo con un fin especial, tal y como ahora sostiene, debía habérselo comunicado a CANUDOIL.
80. CASA VERDE no comunicó de forma expresa ningún uso especial. En el ámbito de la compraventa internacional la comunicación expresa del uso específico se lleva a cabo habitualmente a través de las comunicaciones entre ambas partes en el momento de la celebración del contrato⁵⁶. En este caso, la Demandante no comunicó de forma expresa ningún uso específico a CANUDOIL sino que se limitó a solicitar crudo ligero y dulce [*Doc. Sol. 2*].
81. CASA VERDE tampoco comunicó en ningún momento de forma implícita ningún uso especial. En la conversación del 20 de octubre de 2010 CASA VERDE no indicó a CANUDOIL que el crudo solicitado fuera a ser destinado a la elaboración de un producto especial ni que tuviera un destino concreto, sino que se limitó a preguntar si el crudo disponible era de buena calidad [*Doc. Sol. 2*]. Efectivamente, el crudo ligero de 31° API entregado por CANUDOIL es de buena calidad y se ajustaba a la petición de crudo ligero y dulce realizada por la Demandante, tal y como acreditaron los tests llevados a cabo por las autoridades de Paradisia, los cuales pusieron de manifiesto la presencia en el crudo de Hircania de un nivel de azufre inferior a 0,5% [*Doc. Resp. Sol. 5*].
82. Es más, la Cláusula 6 del contrato de Compraventa dispone que “*no se contemplan garantías, condiciones o declaraciones, expresas o implícitas, en relación con la calidad, comerciabilidad, idoneidad o aptitud para cualesquiera uso específico o de otro tipo, más allá de la descripción del crudo y las especificaciones contenidas en el presente contrato*” [*Doc. Sol. 10*]. Así, en el propio contrato de compraventa enviado por CANUDOIL el 22 de octubre de 2010, se excluye expresamente cualquier uso específico, ante lo que la Demandante en aquel momento se mostró conforme puesto que, como hemos explicado anteriormente (*vid. párr. 41*), el contrato solo ha sido objetado por CASA VERDE en relación a la gravedad del crudo. Por lo tanto, CASA VERDE carece de legitimación para reclamar un uso específico que jamás comunicó y que, de hecho, fue excluido expresamente de las condiciones de la Compraventa.
83. Para salvar la falta de comunicación del uso específico en la conversación del 20 de octubre de 2010,

⁵⁴ Caso CLOUT nº 360.

⁵⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, pág. 421.

⁵⁶ IGLESIA MONJE, pág. 124.

la Demandante alega que CANUDOIL tenía razones para conocer el uso específico como consecuencia del contrato de agosto de 2009 [*Demanda*, párr. 89]. Pues bien, como ya hemos explicado (*vid. párr. 75*), dicha transacción única tampoco constituye una práctica negocial en virtud de la cual CANUDOIL debiera conocer el uso específico alegado por la Demandante.

84. Por lo tanto, CASA VERDE no comunicó ni expresa ni tácitamente uso especial alguno que obligara a CANUDOIL a entregar un crudo con unas condiciones especiales. Además, tampoco es posible inferir dicho uso específico del contrato de agosto de 2009 por no constituir una práctica negocial vinculante entre las partes.

B. CANUDOIL CUMPLIÓ SU OBLIGACIÓN AL ENTREGAR CRUDO DE LA CALIDAD ACORDADA

85. El art. 35 CCIM establece que el vendedor deberá entregar bienes conformes con la calidad y la descripción requeridas por las partes del contrato⁵⁷. En el presente caso, las partes acordaron la entrega de crudo ligero y dulce antes del 30 de octubre de 2010 (*vid. párr. 63*). Pues bien, el crudo de 31° API entregado el 29 de octubre de 2010 cumple con las especificaciones de calidad al poder ser calificado como crudo ligero (*vid. párr. 65*). Además, como hemos demostrado, la conformidad respecto a la procedencia del crudo entregado, la inexistencia de una práctica negocial vinculante entre las partes y la falta de comunicación de uso especial alguno en relación al crudo solicitado son argumentos que no alteran dicha conclusión.
86. **Conclusión:** El incumplimiento denunciado por CASA VERDE debe ser rechazado por el Tribunal puesto que el crudo ligero de 31° API entregado es conforme a la Compraventa, cumpliendo así CANUDOIL con la obligación impuesta por el art. 35 CCIM.

QUINTA. LA CONTAMINACIÓN DEL CRUDO ENTREGADO NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO

87. CASA VERDE afirma que la entrega de crudo contaminado constituye un incumplimiento de CANUDOIL de sus obligaciones en la Compraventa, que además califica de esencial. También afirma que dicha contaminación le causaba un perjuicio que no podía sufragar en términos de costes y tiempo [*Demanda*, párr. 123]. Sin embargo, CANUDOIL rechaza el incumplimiento por los siguientes motivos: en primer lugar, porque la contaminación se habría producido después de la transmisión del riesgo a CASA VERDE (A); porque aunque se considere responsabilidad de CANUDOIL, la entrega del crudo contaminado no constituiría un incumplimiento del plazo de entrega (B).

A. LA CONTAMINACIÓN SE PRODUJO DESPUÉS DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO A CASA VERDE

88. CASA VERDE rechazó la entrega del crudo por estar contaminado con agua salada [*Doc. Sol. 15*]. Para justificar dicho rechazo y la resolución de la Compraventa alega que el crudo ya estaba contaminado al momento de celebrarse ésta, tratando la contaminación como un problema de no conformidad (*vid. párr. 91*). Con lo anterior, CASA VERDE pretende que el riesgo de deterioro del crudo vendido en tránsito le ha sido transmitido en el momento de celebrarse la Compraventa (primer inciso del art. 68 CCIM). Sin embargo, como veremos, el riesgo de la contaminación fue asumido por CASA VERDE desde que el momento que el crudo se puso en poder de SVA.
89. CASA VERDE obvia en su argumentación que pactó un precio en condiciones CIF (*vid. párr. 2*). Esa cláusula CIF regula, entre otras materias, el momento en que CANUDOIL transmitió a CASA VERDE el riesgo de daño de las mercancías, desplazando la aplicación de aquellos preceptos de la CCIM que lo contradigan⁵⁸ (art. 6 CCIM), especialmente los relativos a la transmisión del riesgo. A este respecto,

⁵⁷ SCHLECHTRIEM, párr. 6.03; BIANCA, párr. 2.1; FLECHTNER, pág. 4; HENSCHER, párr. 4.1.

⁵⁸ LOOKOFSKY: "Article 6", pág. 47; DERAIS/GHESTIN, pág. 165; PERALES VISCASILLAS, párr. 186; VALIOTI, párr. III.A.i; ERAUW, pág. 203.

la norma B5 de CIF⁵⁹ impone a CASA VERDE la asunción de todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde que ésta pasó la borda del Buque en el puerto de embarque, no desde la conclusión de la Compraventa.

90. En este sentido, una de las obligaciones del vendedor CIF (en este caso CANUDOIL) es suscribir una póliza de seguro (obligación A3 b de CIF) que cubra los riesgos que se generen tras la carga. Precisamente la obligación de suscribir el seguro es considerada por la doctrina como una de las “circunstancias” que hacen aplicable el segundo inciso del art. 68 CCIM⁶⁰, según el cual, el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que las mercancías se ponen en poder del porteador que emite los documentos de transporte (v. gr., el Conocimiento), teniendo el comprador que asumir el riesgo retroactivamente⁶¹. En consecuencia, la regla general del art. 68 CCIM (*vid. párr. 88*) quedó excluida con la inclusión del término CIF y el riesgo fue asumido retroactivamente por CASA VERDE desde el momento en que la mercancía pasó la borda del Buque en el puerto de Valle Paradiso, *i.e.* cuando se puso en poder de SVA.
91. Independientemente de cuándo se produjera la contaminación, una cosa parece clara: el crudo estaba en perfecto estado en el momento en que pasó la borda del Buque, *i.e.* cuando se transmitió el riesgo a CASA VERDE. Difícilmente puede un crudo extraído de un desierto (como el embarcado, que procede del Desierto de Hircania) estar contaminado por agua salada en origen o contaminarse en su transporte a puerto. De esta suerte, nos encontramos claramente ante un problema de riesgo, pero no frente a uno de no conformidad como se defiende de adverso: de acuerdo con el art. 36 CCIM, CANUDOIL sólo garantizaba la conformidad del crudo con lo pactado hasta el momento de la transmisión del riesgo⁶². Por ello, la falta de conformidad del crudo por la contaminación ocasionada posteriormente queda fuera del ámbito de responsabilidad de CANUDOIL, y debe ser asumida por CASA VERDE.
92. En este punto, debemos destacar la errática e inconsistente postura que está manteniendo CASA VERDE en este arbitraje. Como empresa que comercia a nivel internacional, CASA VERDE no puede ignorar que cuando paga un precio en condiciones CIF, o con referencia a cualquier Incoterm, asume un reparto de riesgos concreto. Si CASA VERDE quería una garantía absoluta, debería haber propuesto su previsión expresa u optado por una cláusula del grupo D de los Incoterms⁶³. La razón de no hacerlo pudo ser precisamente el incremento del precio, puesto que una mayor garantía le hubiera supuesto un mayor precio que no parecía dispuesta a pagar (tal y como se desprende del comentario de su agente en la conversación del 20 de octubre de 2010: “¿no se puede hacer nada con el margen?” [Doc. Sol. 2]). Si CASA VERDE no quiso entonces pagar un mayor precio por un menor riesgo, no puede ahora pretender de este Tribunal que sea CANUDOIL quien asuma el riesgo que ella contrató.

B. LA ENTREGA DE CRUDO CONTAMINADO NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO DE ENTREGA

93. CASA VERDE afirma que la contaminación del crudo constituye un incumplimiento del plazo de entrega porque CANUDOIL tenía la obligación de entregar crudo conforme en la fecha acordada por ambas [*Demanda, párr. 114 y ss.*]. En cualquier caso, ya se considere la contaminación un problema de conformidad (*vid. párr. 91*) o un problema de plazo de entrega, tal incumplimiento no supone los perjuicios que ésta alega.
94. Contrario a la afirmación genérica de CASA VERDE de que el crudo entregado estaba contaminado [*Demanda, párr. 118 y ss.*], lo cierto es que la adulteración del crudo afecta solamente a una parte de

⁵⁹ Diccionario CCI en relación a CIF.

⁶⁰ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, pág. 687.

⁶¹ *Ib.*; BRIDGE, pág. 395; NICHOLAS, pág. 496.

⁶² NICHOLAS, pág. 499.

⁶³ Diccionario CCI, pág. 21: en los términos D, el vendedor responde de la llegada de la mercancía al lugar o punto de destino en la frontera o dentro del país de importación convenidos. *E.g.* con DES el riesgo se transmite con la llegada al puerto de destino o con DEQ el riesgo se transmite tras la descarga.

éste, a saber, un 40 % [Docs. Sol. 15, 16 y Sol. Arb. párr. 22]. Por ello, el día 29 de octubre de 2010, CASA VERDE tenía a su disposición un 60 % del crudo que cumplía con las calidades acordadas en la Compraventa, para cubrir sus necesidades, lo que impediría hablar de un incumplimiento de la obligación de entrega, al menos total.

95. CASA VERDE afirma que la contaminación del crudo entregado por CANUDOIL le supone un perjuicio consistente en tener que realizar unas operaciones de filtrado que no puede sufragar en términos de costes y tiempo [Demanda, párr. 123]. Sin embargo, como veremos en detalle más adelante (vid. párr. 119 y ss.), CASA VERDE tenía el deber de realizar por todos los medios posibles la descontaminación, pues le suponía unos costes reducidos y un plazo breve, lo que entraría dentro de su deber de mitigar los daños.
96. De este modo, la contaminación del crudo entregado no supone un incumplimiento de la obligación de entrega por parte de CANUDOIL. Así el Tribunal Supremo de Alemania consideró que un Comprador en las circunstancias de CASA VERDE no podía resolver el contrato, ya que la recepción de unas mercaderías que no se adecuaban al mismo por ser su calidad inferior y proceder de un origen diferente no constituía una falta de entrega⁶⁴. Por ello, con independencia de la calificación o no de la contaminación del crudo como un incumplimiento, ésta no tendría la envergadura suficiente para privar a CASA VERDE de su interés en la ejecución de la Compraventa (vid. párr. 122 y ss.).
97. **Conclusión:** en el momento en que se produjo la contaminación el riesgo de deterioro del crudo ya había sido transmitido a CASA VERDE. Por ello, CANUDOIL cumplió con su obligación de entrega de las mercaderías dentro de la fecha y lugar acordados en la Compraventa. En todo caso, la contaminación sólo afectó a una parte del crudo lo que impediría hablar de incumplimiento total de la obligación de entrega. En relación con el crudo, el proceso de descontaminación tiene costes económicos reducidos y podía haber sido ejecutado en un plazo de tiempo breve.

SEXTA. LA INEXACTITUD DE LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR CANUDOIL NO CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DE LA COMPRAVENTA

98. CASA VERDE alega que en la Compraventa se acordó la obligación de entrega de un conocimiento de embarque, un certificado de calidad y un certificado de origen, supeditando el pago del precio a la recepción de los mismos. CASA VERDE interpreta esta obligación como una auténtica venta documentaria, de tal suerte que la falta de concordancia entre los documentos y la mercancía embarcada constituiría un incumplimiento, ya que los torna inservibles para su utilización como títulos representativos de las mercaderías en una transacción posterior [Demanda, párr. 134 y ss.].
99. Sin embargo, como veremos, la interpretación de CASA VERDE no puede ser acogida porque los documentos entregados por CANUDOIL se corresponden a las condiciones pactadas en la Compraventa (A). Es más, aunque se considere que existió incumplimiento por parte de CANUDOIL, su valoración por parte de CASA VERDE no es acorde a la Compraventa y, en todo caso, no habría tenido ninguna consecuencia (B).

A. LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR CANUDOIL SE CORRESPONDEN CON LAS CONDICIONES PACTADAS EN LA COMPRAVENTA

100. El segundo inciso del art. 34 CCIM establece que:
“En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos”.
101. En su argumentación, CASA VERDE alude a que en la Compraventa se acordó la obligación de entrega de determinados documentos, correspondiendo la información contenida en ellos a la de un cargamento de otro buque. CANUDOIL niega la existencia de un error en parte de la redacción del certificado de calidad. No obstante, éste debe considerarse como menor y superfluo por la oportuna

⁶⁴ Caso CLOUT nº 171.

subsanción realizada por CANUDOIL a través de la comunicación de 27 de octubre de 2010 hecha a CASA VERDE [Doc. Sol. 14], anterior a la entrega del crudo.

102. A mayor abundamiento, los parámetros del crudo que debían figurar en los documentos estaban dados por las características “*ligero y dulce*” solicitadas por CASA VERDE, y la procedencia de “*Paradisía*” ofrecida por CANUDOIL, sin concreción por CASA VERDE [Doc. Sol. 12]. En efecto, tal y como se ha señalado ya (vid. párr. 63 y ss.), la gravedad de 31° API del crudo entregado responde a la definición de crudo ligero existente en el mercado. A su vez, la referencia en el Conocimiento a “*Crudo Procedente de Paradisia*” [Doc. Sol. 3] incluye crudo originario tanto del desierto de Hircania como del Golfo de Farsia [Ord. Pro. 2, párr. 8]. Por lo cual, la entrega de crudo proveniente del desierto de Hircania que realizó CANUDOIL (vid. párr. 69 y ss.) resulta plenamente conforme a la Compraventa y, consecuentemente, la subsanción de los documentos realizada por CANUDOIL no generó el más mínimo inconveniente ni gasto alguno a CASA VERDE.
103. A este respecto, la inexactitud de los documentos alegada por CASA VERDE no constituye un incumplimiento de CANUDOIL. Así, el Tribunal Supremo de Alemania consideró que la entrega de certificados de origen y de calidad erróneos no constituía un incumplimiento esencial del contrato, puesto que el comprador pudo obtener los documentos correctos de otras fuentes. Por tanto, CASA VERDE no podía negarse a la ejecución de la Compraventa⁶⁵.
104. Por todo lo anterior, el Tribunal debe rechazar el pretendido incumplimiento alegado por CASA VERDE pues, como se ha expuesto, fue subsanado a través de las sucesivas comunicaciones de CANUDOIL [Docs. Sol. 12 y 14], las cuales bastaban para entender que la descripción hecha en los documentos reflejaba las características reales del crudo efectivamente entregado.

B. LA VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS POR PARTE DE CASA VERDE NO ES ACORDE A LA COMPRAVENTA NI GENERÓ PERJUICIO ALGUNO

105. CASA VERDE sostiene que la obligación de entrega de documentos de la Compraventa constituye una auténtica venta documentaria, por lo que su importancia radicaría en la necesidad de que aquéllos reflejasen fielmente los bienes adquiridos [Demanda, párr. 134 y ss.]. Sin embargo, aun considerando que la entrega de documentos inexactos supusiera un incumplimiento de la Compraventa, éste no habría tenido ninguna consecuencia para CASA VERDE, pues la causa de su expedición no era la de ser utilizados para instrumentar una reventa posterior del crudo [Demanda párr. 136].
106. La forma de determinar la obligación de entrega de documentos por parte del vendedor (tanto valor como forma) es un requisito que sólo puede ser contestado por el contrato, mas no por la CCIM o posiciones ajenas al acuerdo de las partes⁶⁶. Siendo la Compraventa el referente de la obligación documentaria, resulta contraria a la intención de las partes la pretensión de CASA VERDE de tornar documentaria una venta que sólo tenía como objeto la urgente entrega a ésta de un crudo determinado [Doc. Sol. 2]. A mayor abundamiento, también resulta falsa la afirmación de que una venta CIF sea una venta de documentos en lugar de una de bienes⁶⁷ [Demanda párr. 134].
107. CASA VERDE llega a afirmar que el valor de los documentos suministrados por CANUDOIL era precisamente la posibilidad de reventa del crudo [Demanda, párr. 136]. Así lo manifiesta al afirmar que “*la inexactitud convierte a los documentos en inservibles para su utilización como títulos representativos de las mercancías en una transacción posterior*”. No obstante, CASA VERDE es una empresa que se dedica al refinado y comercialización de productos derivados del petróleo [Sol. Arb. párr. 9], no estando entre sus actividades la de realizar operaciones de comercialización y reventa de petróleo crudo. Por consiguiente, la afirmación de que los documentos de la Compraventa tenían como valor de uso la posibilidad de reventa carece de fundamento, pues CASA VERDE se dedica al refinado de crudo, no a su reventa.

⁶⁵ Caso CLOUT nº 171.

⁶⁶ SCHLECHTRIEM, pág. 6.07.

⁶⁷ McKENDRICK, págs. 648-649; BRIDGE, pág. 158.

108. Por todo lo anterior, esta parte solicita el rechazo de la calificación de venta documentaria de la Compraventa pretendida por CASA VERDE. Como se ha explicado, la expedición de los documentos en la Compraventa tenía como fin la comprobación de unos certificados que le permitían conocer a CASA VERDE que el crudo acordado era el que llegaría en la fecha y lugar pactados, cosa que, en efecto, CANUDOIL realizó. Consecuentemente, no cabe, con base en los argumentos expuestos, calificar las inexactitudes de los documentos como incumplimiento.
109. **Conclusión:** Los documentos entregados por CANUDOIL a CASA VERDE, fueron corregidos diligentemente por CANUDOIL. Lo afirmado por CASA VERDE en relación al valor de uso de los documentos carece de sustento y conexión con la intención de las partes manifestada en la Compraventa, no pudiendo entenderse que le generaran inconvenientes o gastos excesivos a la Demandante.

SÉPTIMA. CASA VERDE NO ESTABA LEGITIMADA PARA RESOLVER LA COMPRAVENTA AL NO CONCURRIR NINGÚN INCUMPLIMIENTO ESENCIAL IMPUTABLE A CANUDOIL

110. La Demandante alega que estaba legitimada para resolver la Compraventa como consecuencia de la existencia de ciertos incumplimientos esenciales de CANUDOIL. Sin embargo, como ya hemos expuesto, no concurre ninguno de los incumplimientos alegados por CASA VERDE (A) y, en cualquier caso, éstos no legitiman a CASA VERDE a resolver la Compraventa, al no poder ser clasificados como esenciales en ningún caso (B).
111. Por lo anterior, la presente alegación se centrará en el análisis de la conducta debida de CANUDOIL, en cumplimiento de sus obligaciones emanadas de la Compraventa, siendo los supuestos incumplimientos de SVA, abordados en la alegación quinta de la presente contestación.

A. NO CONCORRE NINGUNO DE LOS INCUMPLIMIENTOS ESENCIALES ALEGADOS POR CASA VERDE

112. Para que un incumplimiento pueda ser calificado de esencial, deben concurrir los requisitos del art. 25 CCIM: existencia de un incumplimiento de una obligación contractual; materialización de dicho incumplimiento en un perjuicio que prive a la otra parte de forma sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato; y previsibilidad del perjuicio⁶⁸. No obstante, la doctrina entiende que existe la posibilidad de limitar las consecuencias jurídicas del art. 25 CCIM, cuando se garantiza la ejecución del contrato pese a la infracción o cuando la parte incumplidora no pudo prever las consecuencias perjudiciales del incumplimiento⁶⁹. En todo caso, el art. 25 CCIM obliga a evaluar el perjuicio o deterioro caso por caso, de forma que la resolución del contrato debe ser el último recurso⁷⁰.
113. Por ello, CASA VERDE carece de sustento legal para calificar de esenciales los supuestos incumplimientos, porque: CANUDOIL cumplió con sus obligaciones de entregar crudo y documentos conforme a la Compraventa (i); la actuación de CANUDOIL en ningún caso privó a CASA VERDE de su interés en el desempeño del contrato (ii); y, la evaluación del perjuicio por parte de CASA VERDE resultó, en todo caso, desmedida (iii).

i. CANUDOIL cumplió con sus obligaciones contractuales al entregar crudo y documentos conformes a la Compraventa

114. El contenido de las obligaciones del vendedor se determina por lo que las partes hayan acordado⁷¹. A este respecto, CANUDOIL y CASA VERDE acordaron la entrega de crudo dulce y ligero procedente

⁶⁸ SCHLECHTRIEM / SCHWENZER págs. 285-292; WILL, pág. 209; ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, págs. 212 a 214; LOOKOFISKY "Article 25", pág. 78; ZIEGEL, párr. 4.

⁶⁹ FERRARI, pág. 489.

⁷⁰ HONNOLD "Article 25", pág. 211.

⁷¹ FERRARI, pág. 500.

de Paradisia, junto con la expedición de un conocimiento de embarque, certificado de calidad y certificado de origen [*Doc. Sol. 2*].

115. Como ya hemos explicado, y contrariamente a lo alegado por CASA VERDE, el crudo entregado por CANUDOIL es conforme a la Compraventa (*vid. supra CUARTA*), su entrega se llevó a cabo dentro del plazo acordado (*vid. supra QUINTA*) y los documentos acreditativos del mismo corresponden a las condiciones pactadas en la Compraventa (*vid. supra SEXTA*). Por ello, el Tribunal Arbitral debe rechazar la existencia de incumplimiento alguno por parte de CANUDOIL.

ii. La actuación de CANUDOIL en ningún caso privó a CASA VERDE de su interés en el desempeño del contrato

116. Aunque este Tribunal Arbitral entendiéndose que CANUDOIL incumplió sus obligaciones, dichos incumplimientos en ningún caso podrían ser calificados como esenciales. Para determinar si un incumplimiento es o no esencial, se debe analizar la falta de interés en el desempeño del contrato de la parte que sufre el perjuicio, de tal forma que será esencial aquel incumplimiento que prive sustancialmente y de manera objetiva las expectativas generadas a una de las partes en la ejecución del contrato.⁷²
117. CASA VERDE afirma que su interés en el desempeño del contrato estaba dado por la adquisición de un crudo entre 33° y 38° API [*Demanda, párr. 75 y ss.*]. Sin embargo, como ya hemos explicado, el crudo entregado por CANUDOIL es conforme a la Compraventa (*vid. supra CUARTA*). De todas formas, si el Tribunal Arbitral acogiera la posición de CASA VERDE, también debe entenderse que la diferencia de dos grados resultante del crudo entregado por CANUDOIL, a saber, 31° API, y el esperado por CASA VERDE, un crudo 33° API, es tan mínima y técnicamente irrelevante que no existiría una privación sustancial en el desempeño de la Compraventa, como alega CASA VERDE.
118. Adicionalmente, CASA VERDE alegó que la obligación de entrega de documentos constituía una venta documentaria, cuyo fin era instrumentar una reventa posterior del crudo [*Demanda SÉPTIMA*]. No obstante, esta parte demostró que conforme a la Compraventa y las intenciones de las partes, los documentos nunca fueron expedidos para la reventa del crudo, ni la Compraventa puede ser calificada como una venta documentaria (*vid. párr. 105*). En todo caso, si el Tribunal Arbitral entendiéndose que la inexactitud de los documentos constituye un incumplimiento, lo que no deja lugar a dudas es que éste no puede ser calificado de esencial, no sólo por la subsanación realizada por CANUDOIL, sino porque dicho incumplimiento no habría privado en ningún momento a CASA VERDE de lo que esperaba en la ejecución de la Compraventa: la entrega del crudo acordado.
119. También sostiene CASA VERDE que la entrega de crudo contaminado supuso un incumplimiento de la obligación de entrega de CANUDOIL. Sin embargo, en su relato, CASA VERDE silencia el hecho de que hubiera podido proceder a su limpieza de forma fácil y rápida, al poseer una estructura técnica en su refinería que le permitía filtrar el 40 % del crudo contaminado, mientras empezaba a producir con el 60 % del crudo que CANUDOIL había entregado en perfectas condiciones [*Sol. Arb. Párr. 9*].
120. Es más, los expertos establecen que un crudo contaminado con agua es fácil de limpiar cuando su ligereza medida en gravedad API es alta, por la posibilidad de separar fácilmente el crudo por acción de la gravedad tan pronto como la velocidad de los fluidos se torna suficientemente baja⁷³. De hecho, en la industria del refino los problemas de contaminación del crudo por agua son tan usuales que una empresa de refino considera este tipo de incidencias como menores, máxime cuando se posee la capacidad técnica necesaria para alcanzar un crudo de la pureza deseada⁷⁴. Así, teniendo en cuenta que CANUDOIL entregó a CASA VERDE un crudo de gravedad API 31°, es decir, crudo con elevada ligereza, el filtrado del 40 % de éste supone un proceso técnico bastante usual, breve y económico,

⁷² LEISINGER pág. 25.

⁷³ MARFISI/SALAGER pág. 5: Técnicamente la contaminación de crudo con agua produce dos tipos de emulsiones: emulsión dura o estable y emulsión suave o inestable. La primera es propia de crudos con gravedad API baja (de 20° a 26°), mientras la segunda es propia de crudos con gravedad API alta (de 27° a 38°).

⁷⁴ MARFISI/SALAGER pág. 7.

totalmente exigible a la Demandante.

121. De este modo, el proceso de filtración del crudo contaminado le era exigible a CASA VERDE, con la consecuencia que de no hacerlo incurriría en un incumplimiento de sus propias obligaciones. Así, en el Arbitraje n° 8247 de la CCI, se señaló que la entrega de unos elementos químicos micro-cristalinos, que se habían solidificado, pero que podían transformarse fácilmente en cristales, no suponían una falta de conformidad de las mercaderías.
122. En conclusión, esta parte niega tanto la existencia de incumplimiento alguno, como su calificación de esencial. Además, CANUDOIL nunca puso en peligro el interés de CASA VERDE en la ejecución de la Compraventa, al poder disponer esta última con carácter inmediato del 60 % del crudo y de tener a su disposición, un proceso de filtrado usual, breve y económico para la porción de crudo contaminada.

iii. La evaluación del perjuicio por parte de CASA VERDE resultó, en todo caso, desmedida

123. Para la determinación de un perjuicio capaz de privar de forma sustancial de lo que se tenía derecho a esperar en virtud del contrato, es necesario que quien sufre el perjuicio evalúe las circunstancias específicas de aquel, siendo las intenciones de las propias partes las que principalmente deben dejar claro el interés y la importancia de lo que esperan en cada obligación⁷⁵.
124. CASA VERDE manifestó expresamente la urgencia de recibir crudo ligero y dulce [*Doc. Sol. 2*], lo cual, aunado a su condición de empresa de refinamiento [*Sol. Arb. Párr. 9*], supone la utilización de aquél para la producción de productos derivados.
125. Conforme a lo anterior, resulta evidente la falta absoluta de moderación en la tasación de los perjuicios por parte de CASA VERDE, pues como se anotó (*vid. párr. 118*), no sólo el filtrado del crudo supone unos costes económicos reducidos y un periodo de tiempo breve sino que, además, ignora que el crudo contaminado era únicamente el 40%, pudiendo utilizar de manera inmediata el 60% restante en su proceso de refino [*Doc. Sol. 16*].

B. CASA VERDE ESTABA OBLIGADA A RECURRIR UNA MEDIDA DISTINTA A LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA

126. Como continuación de lo anterior, aunque CASA VERDE estuviera legitimada para resolver la Compraventa, su decisión de rechazar el crudo debe ser calificada de desproporcionada. En efecto, la jurisprudencia impone al comprador la reparación del defecto en las mercaderías recibidas, siempre que éstas admitan una posibilidad fácil y rápida de reparación⁷⁶. Esta posición se encuentra en consonancia con el principio general de mantenimiento del contrato en preferencia a su terminación, obligando al comprador, ante un incumplimiento, a optar por un remedio menos gravoso que la resolución del contrato⁷⁷.
127. A tenor de lo anterior, bastaba con que CASA VERDE hubiera llevado a cabo un proceso de filtrado usual, breve y económico (*vid. párr. 120*), para minorar los daños producidos por la contaminación; resultando la filtración del crudo, la medida más razonable conforme a las intenciones de las partes y las obligaciones derivadas de la Compraventa.
128. Por ello, esta parte solicita al Tribunal Arbitral que declare improcedente la resolución unilateral de la Compraventa por parte de CASA VERDE, al tratarse de una medida desproporcionada y oportunista, enmarcada en un contexto de bajada en los precios del crudo (*vid. párr. 172*).
129. **Conclusión:** CASA VERDE no tenía razones para resolver unilateralmente la Compraventa, ya que no existió incumplimiento contractual alguno y, en cualquier caso, ninguno de los incumplimientos puede ser calificado de esencial. Es más, aunque este Tribunal considerase que se entregó crudo

⁷⁵ SCHLECHTRIEN/SCHWENZER, pág. 283 a 284.

⁷⁶ *M. Marques Roque Joachim v. La Sarl Holding Maning Rivière*.

⁷⁷ FERRARI, pág. 500.

contaminado, esto no habilitaba a CASA VERDE a utilizar de forma oportunista una resolución unilateral, pues en cualquier caso, tenía a su alcance una medida razonable que le permitía la subsistencia de su interés en el desempeño de la Compraventa.

OCTAVA. SVA CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE CUSTODIA Y TRANSPORTE DEL CRUDO RECIBIDO DE CANUDOIL

130. CASA VERDE solicita al Tribunal que declare, subsidiariamente, la responsabilidad de SVA para el caso de que entienda que CANUDOIL no es responsable de la contaminación [*Demanda NOVENA*]. Con base en dicho incumplimiento, CASA VERDE solicita al Tribunal que condene a SVA a indemnizarle de los daños y perjuicios supuestamente sufridos.
131. La regulación de la responsabilidad de SVA (porteador) frente a CASA VERDE (destinatario) se deriva del Conocimiento, título valor que permitió a la segunda obtener de la primera el crudo cargado en el Buque. Coincidimos con la Demandante en que las RR se aplicarán a la relación entre ambas partes por imperativo del art. 7 RR⁷⁸. Sin embargo, el Conocimiento se emitió en virtud del contrato de fletamento por viaje suscrito entre CANUDOIL y SVA (el “**Fletamento**”), el cual queda excluido del ámbito de aplicación de las RR (art. 6 RR); y, por ello, serán los pactos entre ambas partes, documentados en la Póliza, los que gobiernen en exclusiva las relaciones entre ellas.
132. A continuación veremos que SVA ha cumplido con sus obligaciones derivadas del art. 13.1 RR ya que: SVA no puede ser responsabilizada de la contaminación (A); y SVA ha cumplido con su obligación de entregar el crudo que recibió de CANUDOIL (B).

A. SVA NO PUEDE SER RESPONSABILIZADA DE LA CONTAMINACIÓN

133. La pretensión de CASA VERDE no puede prosperar porque no ha probado suficientemente que SVA sea culpable de la contaminación. A tenor del art. 17 RR, regulador de la distribución de la carga de la prueba entre porteador y reclamante, verificaremos que la Demandante no ha logrado probar la responsabilidad de SVA. En particular, esta parte defenderá que: no queda probado que la contaminación haya tenido lugar durante el periodo de responsabilidad de SVA (i); las operaciones de limpieza se realizaron por cuenta de la carga (ii); y, en todo caso, SVA y el Capitán ejercieron la debida diligencia para mantener los tanques de carga en buen estado (iii).

i. La contaminación no se produjo durante el periodo de responsabilidad de SVA

134. En primer lugar, CASA VERDE no ha probado suficientemente que el crudo se contaminó cuando estaba en poder de SVA. Al contrario, se limita a elucubrar sobre la causa de la contaminación (“*aparentemente como resultado de una mala operación de limpieza antes de la carga en origen*” [*Doc. Sol. 15*]) sin ofrecer prueba alguna que acredite que la causa cierta de aquélla fue, precisamente, la falta de drenaje. Por tanto, esta incertidumbre acerca del hecho generador de la contaminación impide imputar a SVA responsabilidad alguna de acuerdo con el art. 17.1 RR.
135. A falta de prueba, CASA VERDE, basándose en la eficacia probatoria del Conocimiento (art. 41 RR), sostiene que el buen estado y condición aparente del crudo en el momento de su recepción por SVA y la entrega del mismo contaminado permite presumir que dicha contaminación se produjo durante el periodo de responsabilidad de SVA [*Demanda párr. 150*]. Sin embargo, como veremos, el Conocimiento sólo evidencia el estado **aparente** del crudo, pero no necesariamente el real.
136. Como bien afirma la Demandante [*Demanda párr. 150*], “*La importancia como documento probatorio [del Conocimiento] no le obliga [a SVA], sin embargo, a incluir un estudio detallado de la mercancía*”⁷⁹. Efectivamente, ni las RR (art. 36.4.a), ni la jurisprudencia⁸⁰ exigen del Capitán un

⁷⁸ Dada la reciente firma de las RR y su falta de vigencia, no existe jurisprudencia que las interprete. Por ello, dada la similitud de sus preceptos con los de sus predecesoras las Reglas de La Haya-Visby (“**RHV**”), la jurisprudencia que las aplica será adecuada para interpretar aquéllas. Se indicará, para mejor comprensión, el precepto de las RHV que corresponda en cada caso. Por su parte, la doctrina anterior a las RR también constituirá un apoyo válido.

⁷⁹ TETLEY: “*Marine...*”, pág. 654, en el sentido de la inexigibilidad del examen exhaustivo (art. III.3 RHV).

estándar superior a una inspección visual, externa y razonable de las mercancías. Así como tampoco requieren que el Capitán sea un experto en relación a la mercancía cargada⁸¹.

137. En el momento de la recepción de la mercancía de acuerdo con la Póliza (cláusula 11.a, Parte II), esto es, el instante en el que el crudo pasó por los colectores permanentes del Buque, el uso de mangueras herméticamente cerradas impidió al Capitán verificar si el crudo estaba o no en buen estado aparente. Si tuvo ocasión de hacerlo una vez que el crudo estaba completamente embarcado. Así, en el momento en que el Capitán pudo observar la mercancía, la menor densidad del crudo respecto al agua de mar (0,8578 kg/l [*Doc. Sol. 4*] frente a 1,026 kg/l⁸²) le impidió advertir que el crudo compartía espacio con agua salada, pues esta última se encontraba necesariamente por debajo de aquél. Asimismo, puede apreciarse cómo una inspección previa tampoco habría permitido advertir si el agua ya estaba presente en un momento previo a la carga.
138. Pues bien, en este sentido, la jurisprudencia afirma que, en aquellos casos en que el daño no fuera aparente en el momento de la carga, no basta con que el reclamante muestre un conocimiento de embarque en el que se recoja que las mercancías fueron embarcadas en buen estado aparente para poder presumir que éstas se dañaron durante el periodo de responsabilidad del porteador⁸³. Por consiguiente, de nuevo, no existe prueba suficiente que haga aplicable el art. 17.1 RR.
139. CASA VERDE no ha aportado evidencia suficiente que acredite cuál fue la causa de la contaminación del crudo. SVA, por su parte, sí que ha probado la falta de apariencia de dicha contaminación antes y después de la carga. Por tanto, la Demandante no ha cumplido los requisitos del art. 17.1 RR.

ii. La limpieza de los tanques se realizó por cuenta de la carga

140. En caso de que el Tribunal considerase probado que la causa de la contaminación del crudo fue la deficiente limpieza de los tanques, debemos recordar que ésta fue realizada por cuenta y riesgo del fletador. Así, la cláusula 11.c, Parte II de la Póliza estipula que las tareas de limpieza debían realizarse por cuenta y riesgo del fletador, pues el Buque carece de sistema COW [*Ord. Pro. 2 párr. 17*]. La misma cláusula permitía a CANUDOIL solicitar a SVA que organizara las operaciones de limpieza, aunque siempre en representación y por cuenta y riesgo de CANUDOIL. Ante el requerimiento de CANUDOIL para que procediera en tal sentido, SVA optó por contratar a la empresa GAMUZA S.A. (“GAMUZA”), como prueba el Diario de navegación [*Doc. Sol. 8*].
141. Por ello, resulta de aplicación la causa de exención de responsabilidad del porteador del art. 17.3.h RR, pues la contaminación se debería a un acto u omisión de GAMUZA, subcontratista a quien el cargador (CANUDOIL) encomendó el cumplimiento de una de sus obligaciones (art. 34 RR).
142. La Demandante pretende obviar el pacto de reparto de las tareas de limpieza al considerar que la Póliza le es absolutamente inoponible [*Demanda párr. 144 y ss.*]. De esta forma el art. 17.3.h RR no podría eximir de responsabilidad a SVA frente a CASA VERDE. Sin embargo, esta postura debe rechazarse ya que CASA VERDE ha podido conocer dicho pacto dada la incorporación de la Póliza al Conocimiento a través de la Cláusula 1 de éste: “*Todos los términos, condiciones, libertades y excepciones de la Póliza de Fletamento referida en el anverso*”, contenidas en el Conocimiento [*Doc. Sol. 3*].⁸⁴ La atribución al fletador de las tareas de limpieza (incluso integradas dentro de la obligación de ejercer debida diligencia para mantener la navegabilidad del Buque) no es un pacto prohibido por el art. 79 de las RR, como la Demandante aduce [*Demanda párr. 146*]. Si las RR no se aplican a las partes originarias en el Fletamento (art. 7, último inciso RR) el pacto no se encuentra limitado por el art. 79 RR, siendo posible ampliar las obligaciones del cargador y reducir las del porteador. De hecho,

⁸⁰ *Silver v. Ocean Steamship; The Carso; The Peter der Grosse* (“so far as met the eye”); (arts. III.3 RHV y 41 RR).

⁸¹ *Groban v. Pegu; The David Agmashenebeli*; (art. III.3.c RHV).

⁸² HAYLER, pág. 23-10.

⁸³ *Cowen v. American President Lines; Copco Steel v. Alwaki*; (art. III.4 RHV).

⁸⁴ SCRUTTON, pág. 79: las palabras “*All terms, conditions, clauses and exceptions*” son suficientemente amplias para incorporar ese pacto.

las RR nunca serían aplicables a momentos anteriores a las operaciones de carga⁸⁵, e.g. cuando tuvieron lugar las operaciones de limpieza.

143. Así pues, la causa de exoneración del art. 17.3.h RR sitúa la carga de la prueba, de nuevo, en CASA VERDE, quien debería probar que la contaminación se produjo con culpa de SVA o de cualquiera de las personas por las que ésta debe responder.

iii. SVA y el Capitán ejercieron la debida diligencia para mantener los tanques de carga en buen estado

144. En última instancia, SVA jamás podría ser responsabilizada de la contaminación ya que cumplió con su obligación de ejercer debida diligencia para mantener los tanques de carga en buen estado. El art. 14.c RR y la propia Póliza (cláusula 5.a de la Parte II de la Póliza [*Doc. Sol. 19*]) obligaban al Capitán a obrar con la debida diligencia para mantener los tanques de carga en buen estado. Dicha obligación puede encomendarse a un tercero (en este caso, a GAMUZA), quedando el porteador liberado de toda responsabilidad si ese tercero actúa, a su vez, diligentemente⁸⁶. Ninguna norma hay en las RR que prohíba tal delegación.
145. El contenido de tal obligación se limitaba precisa y estrictamente al ejercicio de la debida diligencia, definida por la jurisprudencia como el desempeño de “*todo el cuidado y pericia razonable para asegurar la navegabilidad del buque*”⁸⁷. Pero no puede entenderse como una garantía absoluta de que los tanques estarán en perfecto estado para la recepción de la carga⁸⁸. Así pues, se trata de una obligación de medios, no de resultado.
146. La debida diligencia que debe ejercer el porteador para mantener el buque en condiciones de navegabilidad deberá concretarse caso por caso⁸⁹. Y en el presente caso sí ha sido ejercida. Ocho de un total de 12 tanques de carga [*Doc. Resp. Sol. 9*] se encontraban en condiciones adecuadas, pues el crudo transportado en ellos no ha presentado contaminación alguna tras la descarga. Esto es, el presunto fallo de la máquina de limpieza que provocó la contaminación sólo ha tenido consecuencias de escasa importancia (la concentración de agua salada no alcanza siquiera el 10%) en cuatro tanques concretos, pero no en todos. No es de esperar que la máquina se rompa o que no se drene el agua en cuatro tanques cuando sí ha sido posible el drenaje en los otros ocho restantes. Por ello no puede entenderse que estemos ante una falta de ejercicio de debida diligencia.
147. En el caso *The Amstelslot* se concluyó que, “*en muchas ocasiones, es evidente a posteriori que, si se hubieran tomado determinadas precauciones añadidas, el accidente podría haber sido evitado. Sin embargo, la cuestión reside en si un hombre razonable en las mismas circunstancias que el demandado y con la habilidad y el conocimiento que éste tenía o debiera haber tenido, habría tomado esas mayores precauciones en vista de la probabilidad de que tal accidente tuviese lugar*”⁹⁰. Por ello, el examen de la conducta de SVA ha de hacerse teniendo en cuenta que en ocho de los doce tanques el sistema de limpieza funcionó perfectamente y en el resto dejó unos residuos de agua salada de sólo el 8%. Así pues, no era de esperar que SVA desconfiase del funcionamiento del sistema y, por tanto, no le eran exigibles mayores comprobaciones que las realizadas.
148. Indudablemente, la inspección de todos y cada uno de los tanques hubiera constituido la máxima

⁸⁵ COOKE, págs. 953-954, comentando el art. III.8 RHV, equiparable al actual art. 79 RR. Incluso considerándose que las RR amplían el periodo de responsabilidad del porteador al momento en que éste recibe las mercancías [*vid.*, en este sentido, ZIEGLER/SCHLIN/ZUNARELLI, pág. 79], en este caso la recepción se ha producido en el momento de la carga, siendo trasladable aquí lo postulado en el art. III.8 RHV.

⁸⁶ WILSON, pág. 185; TETLEY: “*Marine...*”, pág. 926; *The Muncaster Castle*; *The Amstelslot*; *The Eurasian Dream*; (art. III.1 RHV).

⁸⁷ *The Kapitan Sakharov* (traducción propia), (art. III.1 RHV). COOKE, págs. 919-920: El concepto de navegabilidad incluye también la aptitud de los espacios de carga del buque para recibir la mercancía a bordo y transportarla. STURLEY/FUJITA/Van der ZIEL, pág. 83: la interpretación del concepto de navegabilidad no cambia.

⁸⁸ TETLEY: “*Marine...*”, pág. 880; WILSON, págs. 189-190; COOKE, pág. 922; (art. III.1 RHV).

⁸⁹ *Artemis Maritime v. Southwestern Sugar*; TETLEY: “*Marine...*”, pág. 899; (art. III.1 RHV).

⁹⁰ *The Amstelslot* (traducción propia).

diligencia. Sin embargo, en el momento en que tal inspección hubiera tenido que ser realizada era la Póliza, y no las RR, la que marcaba el estándar de diligencia debida exigido a SVA. Y, de acuerdo con la Póliza (cláusula 5.c, Parte II), el fletador podía solicitar la realización de inspecciones de los tanques, con lo que será su decisión la que, en última instancia, determine si éstas debían realizarse o no⁹¹. No es razonable exigir a SVA la realización *motu proprio* de un examen exhaustivo de los tanques cuando nada hacía pensar que éste fuera necesario; máxime cuando comportaría retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones y, consecuentemente, responsabilidad. Y no es precisamente el tiempo un recurso abundante en los mercados de *commodities*, como bien sabe la Demandante (“ *tienes que tomar decisiones rápidas*” [Doc. Sol. 15]).

149. En cualquier caso, un incidente de tan escasa relevancia y fácil reparación –recordemos que el 60% del crudo estaba en perfectas condiciones y el resto era fácil de filtrar (*vid. párr. 119*)– no puede eclipsar el empeño de SVA en cumplir con la normativa vigente en materia de seguridad en el mar y su sometimiento a estrictos controles administrativos [Doc. Resp. Sol. 9; Ord. Pro. párr. 16].
150. El art. 17.5.b RR prohíbe responsabilizar a SVA si ésta prueba que obró con la debida diligencia que le exige el art. 14 RR. Aunque CASA VERDE pudiera llegar a probar que había agua en los tanques (art. 17.5.a.iii RR), la actuación de SVA ha sido totalmente diligente, como se ha razonado. CASA VERDE no ha probado uno de los requisitos cumulativos del art. 17.5.b RR⁹², pues no basta con que los tanques no estuvieran en buen estado, sino que ese mal estado debe haber sido causado por la negligencia del porteador⁹³.

B. CASA VERDE TIENE DERECHO A RECIBIR DE SVA CRUDO DE PARADISIA EN BUEN ESTADO Y CONDICIÓN APARENTES

151. La actuación de SVA en la emisión del Conocimiento que CANUDOIL entregó a CASA VERDE fue, en todo momento, conforme a sus obligaciones. SVA no tenía razón alguna para formular reservas a lo afirmado por CANUDOIL. Por ello, el Conocimiento en poder de CASA VERDE no puede constituir evidencia concluyente frente a SVA (art. 41 RR) de que el estado real no aparente del crudo era bueno y que su gravedad API era de 33°-38°. CASA VERDE sólo puede exigir a SVA la entrega de crudo de Paradisia en buen estado y condición aparentes.
152. Como ya se ha explicado (*vid. párr. 135*), el Conocimiento recogía el estado y condición aparentes del crudo, tal y como requiere el art. 36.2.a RR. Tal información no es incorrecta (*vid. párr. 137*) y, por tanto, SVA sólo debe entregar un crudo en buen estado y condición aparente, cualquiera que sea su estado real no visible a través de una inspección razonable.
153. Las RR tampoco exigían a SVA que formulara reservas a la información proporcionada por CANUDOIL en relación a la calidad del crudo embarcado (art. 36.1 RR). En este sentido, es cuestión pacífica entre la jurisprudencia que un capitán no está autorizado ni suficientemente cualificado para pronunciarse sobre la calidad de las mercancías embarcadas, en el sentido de la calidad intrínseca, no aparente ni apreciable externamente, de las mismas⁹⁴.
154. Además, las RR establecen dos estándares diferentes sobre la posibilidad del porteador de formular reservas⁹⁵. Así, el art. 40.1 RR recoge la **obligación** de formular reservas, en aquellos supuestos en los que el cargador, fraudulentamente, proporciona una información que no se corresponde con la

⁹¹ COOKE, pág. 834, comentando la Cláusula 18 de la póliza de fletamento ABASTANKVOY, la cual estipula que la limpieza se realizará a satisfacción de un inspector nombrado por el fletador, afirma que la decisión de si los tanques están en buen estado depende del inspector y no puede ser decidida por los tribunales.

⁹² El art. 17.5.b RR contiene la conjunción “y” para indicar que la declaración de responsabilidad del porteador requiere probar la falta de navegabilidad del buque (inciso a) y, además, que ésta debe a la falta de ejercicio de la debida diligencia por el porteador o por cualquiera de las personas de las que deba responder conforme al art. 18 RR [STURLEY/FUJITA/Van der ZIEL, pág. 115-116].

⁹³ *The Amstelslot*: “*Lack of due diligence is negligence*”, interpretando el art. III.1 RHV.

⁹⁴ *Compania Naviera Vascongada v. Churchill*; *Cox v. Bruce*. Válidas para interpretar el art. III.3 RHV.

⁹⁵ Von ZIEGLER/SCHLIN/ZUNARELLI, pág. 179.

verdadera (“*declaración [...] falsa o engañosa*”)⁹⁶. Mientras, el art. 40.3.b RR establece la **facultad** de formular reservas en aquellos supuestos en los que la información proporcionada por el cargador es meramente inexacta, *i.e.* no precisa o perfectamente ajustada a la realidad⁹⁷. En este caso, la divergencia entre la gravedad API del crudo recogida en el Conocimiento y la del crudo cargado se debió a un error de un tercero, no de CANUDOIL, no pudiendo deducirse, por ello, que existiera ánimo doloso alguno. Por ende, la descripción de la calidad del crudo en el Conocimiento podrá considerarse inexacta, pero no falsa, pues lo único que existe es una falta de precisión a la hora de concretar la gravedad API del mismo. SVA estaba facultada, pero no obligada a formular reservas.

155. El Capitán no pudo apreciar, por medio de la inspección externa que debió realizar para pronunciarse sobre el estado aparente del crudo, si éste tenía una gravedad API de exactamente 31° o si, en cambio, ésta se encontraba en un rango entre 33° y 38°. El hecho de que la gravedad API difiera en sólo 2° no puede llevar a considerar falsa la información proporcionada por CANUDOIL; máxime cuando ni siquiera es apreciable a simple vista ni permite clasificar el crudo como algo distinto de crudo ligero. Así puede verse que “inexacto” se refiere a precisión en la descripción de la mercancía embarcada y que “falso” quedaría restringido a la diferente naturaleza de los bienes⁹⁸.
156. A mayor abundamiento, tanto la obligación del art. 40.1 RR, como la facultad del art. 40.3.b RR exigían que SVA conociera efectivamente o tuviera motivos razonables para creer que la declaración referente a la calidad era falsa o engañosa o, al menos, inexacta. Dado que SVA y CANUDOIL trabajan juntas habitualmente (“*El transporte se realiza con nuestra empresa habitual*” [Doc. Sol. 2]) no puede estimarse que SVA tuviera motivos razonables para sospechar que CANUDOIL pudiera estar actuando fraudulentamente.
157. En última instancia, las expresiones “*por el cargador*” y “*Embarcada [...] la mercancía arriba descrita, peso, medida, calidad, condición, contenido y valor desconocidos*” contenidas en el Conocimiento [Doc. Sol. 3] constituyen una reserva eficaz en el sentido del art. 40.1 RR⁹⁹, incluso aunque estén impresas¹⁰⁰. Más concretamente, la estipulación “condición desconocida” (y su análoga “calidad desconocida”) hace referencia a la calidad y condición interna de la mercancía recibida a bordo, extremo sobre el cual, conforme a lo ya dicho, el Capitán no puede pronunciarse¹⁰¹. Las reservas privan de eficacia a la presunción de que lo que recibió SVA es lo descrito en el Conocimiento¹⁰². Por ello, SVA no ha quedado vinculada por las declaraciones de CANUDOIL.
158. En síntesis, no se cumplen los requisitos del art. 41 RR para que el Conocimiento, en manos de CASA VERDE, constituya prueba concluyente frente a SVA de la mercancía cargada: el Conocimiento sólo constituye prueba del estado aparente del crudo y no cabía reserva alguna sobre la calidad. El derecho de CASA VERDE frente a SVA es a obtener el cargamento de crudo de Paradisia en buen estado y condición aparentes embarcado en el Buque, sin que pueda exigir calidad alguna a SVA. CASA VERDE tiene derecho a recibir lo mismo que recibió SVA, cumpliendo ésta con su obligación de transportar el crudo cargado.

⁹⁶ La RAE define “falso” como “Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad y de veracidad” en su primera acepción y como “incierto y contrario a la verdad” en la segunda. De idéntica forma, el Diccionario Merriam-Webster define “false” (expresión de la versión inglesa de las RR) como “not genuine” (no auténtico), “intentionally untrue” (intencionadamente incierto) y “intended or tending to mislead” (pensado para o tendente a engañar).

⁹⁷ La RAE define como “inexacto” a algo “Que carece de exactitud”, definiendo “exactitud” como “Puntualidad”, esto es, precisión máxima. El Diccionario Merriam-Webster define “accurate” (exacto) como “conforming exactly to truth or to a standard” (conforme exactamente a la verdad o a un estándar).

⁹⁸ En ese sentido, el art. IV.5.h RHV relaciona declaración falsa con naturaleza de la mercancía.

⁹⁹ BAATZ/DEBATTISTA, pág. 114. También, en la undécima sesión del Grupo de trabajo III de UNCITRAL (encargado de la redacción de las RR) se propuso incluir la obligación de justificar la formulación de reservas para evitar el uso de cláusulas genéricas como “said to be” (se dice que es) [véase Informe CNUDMI A/CN.9/526, párr. 37]. Sin embargo, esta sugerencia fue rechazada en la decimotercera sesión [véase Informe CNUDMI A/CN.9/616, párr. 34].

¹⁰⁰ *Rocco Giuseppe & Figli v. D.I.A.R. Maritime; The New Chinese Antimony*. Válidas para interpretar el art. III.3 RHV.

¹⁰¹ GIRVIN, pág. 69.

¹⁰² RECALDE, pág. 300; PENDÓN MELÉNDEZ, pág. 133.

159. **Conclusión:** SVA no es responsable de la contaminación del crudo frente a CASA VERDE, puesto que no existe prueba suficiente de que la misma tuviera lugar durante el periodo de responsabilidad de SVA. En cualquier caso, las operaciones de limpieza fueron realizadas por cuenta de la carga, actuando SVA con la debida diligencia en todo momento. Por último, SVA no tiene obligación de entregar un crudo distinto al que recibió de CANUDOIL.

NOVENA. LA INDEMNIZACIÓN RECLAMADA POR CASA VERDE DEBE SER MODERADA

160. CASA VERDE alega que las Demandadas deben responder, en concepto de daños y perjuicios, por la diferencia de precio existente entre la Compraventa y la compra llevada a cabo por aquélla el día 5 de noviembre de 2010 [*Demanda, párr. 155 y ss.*].
161. Llegados a este punto y ante tales pretensiones, las Demandadas solicitan al Tribunal que modere esta indemnización pues lo esgrimido por CASA VERDE es injustificado por muchos y muy diferentes motivos. En primer lugar, esta parte sostiene que CASA VERDE no tiene derecho a exigir reemplazo alguno al no existir incumplimiento alguno por parte de CANUDOIL y SVA y, en todo caso, por la inexistencia de un incumplimiento que pueda calificarse de esencial (A). En segundo lugar, en el hipotético caso de que el Tribunal considerase que concurre algún incumplimiento esencial y que la Demandante actuó en su legítimo derecho a resolver la Compraventa, veremos que la compraventa que debe ser considerada como la de reemplazo es la del 28 de octubre de 2010 (B).

A. CASA VERDE NO PUEDE EXIGIR REEMPLAZO ALGUNO PUESTO QUE NO ESTABA LEGITIMADA PARA RESOLVER LA COMPRAVENTA

162. CASA VERDE reclama a las Demandadas la indemnización por unos daños y perjuicios que verdaderamente no son tales pues, como se ha analizado, CANUDOIL y SVA han cumplido diligentemente con sus respectivas obligaciones (*vid. supra CUARTA, QUINTA, SEXTA, OCTAVA*). Por consiguiente, al no existir incumplimiento de ningún tipo, CASA VERDE no puede reclamar indemnización alguna¹⁰³, puesto que sin daño no hay responsabilidad contractual¹⁰⁴.
163. En concreto, CASA VERDE pretende obtener en concepto de indemnización la diferencia de precio entre la Compraventa y una nueva compraventa concluida el 5 de noviembre de 2010. Como se ha expuesto anteriormente (*vid. supra SÉPTIMA*), no concurre incumplimiento esencial alguno que legitime a CASA VERDE a resolver, como hizo, la Compraventa (*vid. párrs. 116 y ss.*). Por lo tanto, la Demandante no se encuentra legitimada, en el sentido del art. 75 CCIM, para reclamar la diferencia de precio entre la Compraventa y una compra de reemplazo (*vid. supra SÉPTIMA*).
164. De esta forma, para el caso de que el Tribunal considerara que las Demandadas incumplieron alguna de sus obligaciones respecto a CASA VERDE, la Demandante únicamente estaría legitimada para reclamar a CANUDOIL los daños ocasionados de acuerdo a la regla general del art. 74 CCIM¹⁰⁵. Así, la indemnización por estos daños sólo incluiría aquellos que hubieran sido previsibles en el momento de la celebración de la Compraventa¹⁰⁶, pero en ningún caso los que CASA VERDE reclama al amparo del art. 75 CCIM. En el caso de considerar a SVA responsable por la contaminación del crudo, no podría ser condenada a pagar una indemnización superior a la pérdida de valor de éste (art. 22 RR).

B. EN CASO DE QUE EL TRIBUNAL ESTIME PROCEDENTE INDEMNIZAR A CASA VERDE, LA COMPRA DE REEMPLAZO QUE DEBE TOMARSE COMO REFERENCIA ES LA DEL 28 DE OCTUBRE DE 2010

165. En el hipotético caso de que el Tribunal Arbitral considerase que concurre algún incumplimiento esencial y que la Demandante actuó de forma legítima resolviendo la Compraventa, la compra de

¹⁰³ ZELLER, pág 64

¹⁰⁴ DIEZ-PICAZO, pág. 578

¹⁰⁵ CRUCELAEGUI, pág. 228

¹⁰⁶ LOOKOFSKY: “*Understanding the CISG...*”, pág. 93

reemplazo que ha de tomarse como base para el cálculo de la eventual indemnización sería la del 28 de octubre de 2010, nunca la del 5 de noviembre de 2010, pues ésta no cumple con el requisito de razonabilidad exigido por el art. 75 CCIM.

166. La Demandante afirma que la compraventa de reemplazo, a los efectos de la presente disputa, es la del 5 de noviembre de 2010 y, en consecuencia, debe ser ésta la tomada como referencia para el cálculo de los daños reclamados [*Demanda, párr.163*]. Con ello, CASA VERDE pretende mantener oculta la compra del 28 de octubre de 2010, de precio notablemente inferior a la del 5 de noviembre de 2010 [*Doc. Sol. 18*], en su propio beneficio, lo que constituye el primer indicio de que la Demandante no actúa de buena fe. Así, se hace evidente la necesidad de que el Tribunal modere las pretensiones de CASA VERDE, ya que son desmesuradas y abusivas
167. El art. 75 CCIM establece que, en caso de resolución del contrato, el comprador podrá exigir, en concepto de indemnización, la diferencia entre el precio del contrato y el precio del reemplazo si actúa de manera razonable en un plazo de tiempo también razonable¹⁰⁷, a contar desde la resolución contractual¹⁰⁸. La compraventa de reemplazo se considera razonable cuando el comprador actúa como un prudente y cuidadoso empresario, siempre que las mercancías adquiridas correspondan al tipo, calidad y precio de las solicitadas¹⁰⁹. La razonabilidad impuesta por el art. 75 CCIM implica asimismo que el comprador tiene la obligación de llevar a cabo la compra de reemplazo al precio más bajo posible¹¹⁰. Así, los requisitos exigidos a una compra de reemplazo, y que analizaremos, son: razonabilidad en forma y tiempo, menor precio posible e iguales características de las mercancías a la Compraventa inicial.
168. En relación con el requisito de razonabilidad del plazo, en el presente caso, la Demandante tuvo conocimiento de que CANUDOIL no entregaría el crudo que reclamaba el día 25 de octubre de 2010 [*Doc. Sol. 12*], ya que fue ese día cuando se le informó de que el crudo objeto de la Compraventa se ajustaba a lo reflejado en el documento formal de la misma [*Doc. Sol. 10*]. En todo caso, el día 27 de octubre de 2010, CASA VERDE fue informada de la inexactitud del Conocimiento en cuanto a la característica de ligereza del crudo [*Doc. Sol. 14*]. De este modo, la fecha del 3 de noviembre de 2010 usada por CASA VERDE para justificar su actuación, y alegar que no fue hasta entonces cuando tuvo certeza de la calidad del crudo [*Demanda, párr. 162*] muestra una vez más la incoherencia de sus argumentos, puesto que lo que tuvo lugar aquél día fue la publicación de los resultados de los tests realizados por las autoridades de Paradisia [*Doc. Resp. Sol. 5*].
169. Así pues, el plazo de tiempo de CASA VERDE para llevar a cabo la compra de reemplazo y la referencia para analizar la razonabilidad del plazo, comenzó a transcurrir el 25 de octubre de 2010. En este sentido, el mercado de crudo se caracteriza por ser muy líquido y existir un gran número de posibilidades a la hora de comprar o vender mercancías determinadas¹¹¹. En consecuencia, si CASA VERDE tenía una necesidad de crudo ligero y dulce que debía satisfacer con urgencia como indicó a CANUDOIL [*Doc. Sol. 2*], no se sostiene que tardara más de una semana en contratar una nueva partida de crudo, sino que más bien fue al día siguiente –el 28 de octubre de 2010– cuando CASA VERDE llevó a cabo una nueva compra para cubrir su demanda. De esta manera, la compraventa del 5 de noviembre de 2010 no se ajusta al requisito de la razonabilidad exigido por el art. 75 CCIM en su vertiente del plazo.
170. La Demandante justifica su actuación sobre la base de que es necesaria la recepción de la mercancía para la resolución del contrato y, de este modo, sostiene que la única compra que se puede considerar de reemplazo es la del 5 de noviembre de 2010, al ser la única posterior al momento de recepción del crudo. Sin embargo, como ya hemos señalado, CANUDOIL le comunicó ya el 25 de octubre de 2010 que el crudo acordado y que se entregaría sería de 29° - 32° API (*vid. párr. 101*). A este respecto, los

¹⁰⁷ ILLESCAS ORTIZ/ PERALES VISCASILLAS, pág. 230.

¹⁰⁸ CRUCELAEGUI, pág. 229.

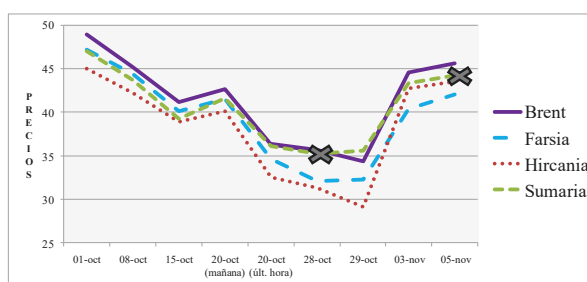
¹⁰⁹ ILLESCAS ORTIZ/ PERALES VISCASILLAS, pág. 231.

¹¹⁰ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER, pág. 776; CHENGWEI, párr. 15.2.3; Caso CLOUT n° 1029.

¹¹¹ LEISINGER, pág. 124.

tribunales han concluido que, en aras de promover la buena fe en el comercio internacional, el comprador agraviado podría recuperar los daños en virtud del art. 75 CCIM sin haber demostrado que había declarado resuelto el contrato cuando el vendedor ha dejado claro que no iba a actuar de acuerdo a lo deseado por el comprador¹¹². Por lo tanto, a pesar de que la resolución del contrato fue realizada el 29 de octubre de 2010, la compraventa de reemplazo a tener en cuenta ha de ser la del 28 de octubre de 2010, ya que CASA VERDE conocía desde el 25 de octubre de 2010 la postura de CANUDOIL respecto de la calidad de la mercancía que se iba a entregar de acuerdo con la Compraventa.

171. En relación con la calidad y tipo referida por el art. 75 CCIM, ambas compras difieren en las mercancías adquiridas. Los tests del Gobierno de Paradisia [*Doc. Resp. Sol. 5*] se referían a la dulzura del crudo y revelaron que el crudo farsia contiene una proporción de azufre del 0,55%, lo que implica que no puede ser considerado *dulce*. En relación a este parámetro, existe unanimidad en el mercado del crudo, considerando dulce aquél con una concentración de azufre no superior al 0,5%¹¹³, como también mantiene la propia CASA VERDE [*Sol. Arb. Párr. 9*]. De este modo, la afirmación de que la compra del 5 de noviembre de 2010 tenía como objetivo reemplazar la Compraventa inicial [*Demanda, párr. 155*] no se sustenta, una vez más, pues no tiene las mismas características que aquélla. Cabe recordar al Tribunal, que el 20 de octubre de 2010 se pactó “crudo ligero y dulce” [*Doc. Sol. 2*]. Así, podemos concluir que únicamente la compra del 28 de octubre de 2010 es sustitutiva de la inicial, y por ello el Tribunal Arbitral tiene que tomar como referencia la del 28 de octubre de 2010.
172. Finalmente, en relación al precio, debe tenerse presente que la actuación de CASA VERDE se enmarca en un contexto de escalada de los precios ocasionada por los rumores acerca de la presencia de elevados niveles de azufre en el petróleo de Paradisia [*Doc. Resp. Sol. 6*]. Así, la compra del 5 de noviembre de 2010 se llevó a cabo por un precio notablemente superior (8.320.636€) al de la Compraventa de 20 de octubre de 2010 (7.878.832€), como consecuencia del abrupto incremento registrado en el precio del crudo de Paradisia [*Doc. Resp. Sol. 6*].
173. Aunque CASA VERDE no ha facilitado datos sobre el precio de la compra del 28 de octubre de 2010, podemos remitirnos a las tablas de precios de crudos en el periodo de referencia [*Doc. Resp. Sol. 6*]. Realizando una sencilla estimación podemos concluir que el importe de la compra del 28 de octubre de 2010 se aproxima más al de la Compraventa inicial, mientras que el precio de la compra de 5 de noviembre de 2010 es notablemente superior a ambas.



174. Tal y como se refleja en el gráfico anterior, existe una diferencia notable entre el precio de la compra del 28 de octubre de 2010 y la del 5 de noviembre de 2010. La primera se llevó a cabo, como máximo por el importe del Brent de ese día (35,64€), pues recordemos que es una práctica habitual en el mercado de crudo ligero negociar los precios tomando como referencia el del barril de Brent, con un margen (a la baja). Mientras que la segunda se llevó a cabo por Brent -1,54 [*Sol. Arb. párr. 25*], i.e. 44,07€. Esto hace que exista una diferencia de 8,43€ por barril entre ambas compras. Así, con su actuación, CASA VERDE pretende que las Demandadas soporten las consecuencias de la volatilidad de los precios del mercado de crudo, circunstancia totalmente ajenas a ellas.
175. Analizando la tendencia de los precios del gráfico, podría pensarse que la verdadera razón que motivó

¹¹² *Iron molybdenum case*.

¹¹³ DUNSBY/ ECKSTEIN/ GASPAR, pág. 49.

a CASA VERDE a resolver la Compraventa fue el contexto de bajada de precios. Así, podría concluir una compra por un valor inferior al de la Compraventa inicial, como hizo el 28 de octubre de 2010, y posteriormente, cuando las cotizaciones se recuperasen, reclamar otra de precio superior, *i.e.* la compra del 5 de noviembre de 2010. Por lo tanto, desde el punto de vista de la razonabilidad del precio de la compra de reemplazo, es también la compra del 28 de octubre de 2010 la que debe ser tomada en cuenta de buena fe para el cálculo de la eventual indemnización.

176. **Conclusión:** Como ha quedado acreditado, CASA VERDE pretende obtener una indemnización no sólo injustificada, sino, en todo caso, excesiva. La inexistencia de un incumplimiento esencial por parte de las Demandadas implica que CASA VERDE no se encuentra legitimada para reclamar indemnización alguna con base en el art. 75 CCIM. En cualquier caso, si el Tribunal considerase que CASA VERDE estaba legitimada para resolver la Compraventa, la compra de reemplazo que debería ser tomada como referencia es la del día 28 de octubre de 2010, por ser ésta la única que cumple los requisitos de razonabilidad en el plazo, en la forma y el precio.

PETITUM

Por todo lo expuesto, solicitamos al Tribunal:

- Que se declare incompetente para conocer del presente arbitraje contra CANUDOIL y SVA.
- Que, de declararse competente, rechace la petición de CASA VERDE de fijar la sede en Matrice y respete Altiplania como sede pactada.
- Que se desestimen todas las pretensiones de la Demandante y, en concreto, que:
- Rechace que CANUDOIL incumplió sus obligaciones, ya que:
 - ☐ el crudo entregado es conforme a la Compraventa,
 - ☐ la contaminación del crudo se habría producido una vez se transmitió el riesgo a CASA VERDE, y
 - ☐ CANUDOIL cumplió con las obligaciones documentarias.
- Que, en caso de declarar que CANUDOIL incumplió alguna de sus obligaciones, rechace que estos incumplimientos son esenciales y que CASA VERDE estaba legitimada para resolver la Compraventa.
- Rechace que SVA incumplió sus obligaciones de custodia y transporte del crudo embarcado, ya que:
 - ☐ no es responsable de la contaminación del crudo, y
 - ☐ no tiene ninguna responsabilidad en relación a las inexactitudes de los documentos.
- Que desestime el Daño reclamado por CASA VERDE por ser excesivo e injustificado, ya que:
 - ☐ no se acredita incumplimiento contractual alguno de las demandadas,
 - ☐ si concurriese algún incumplimiento contractual, no sería exigible a las Demandadas una compra de reemplazo, sino sólo la indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 74 CCIM, y
 - ☐ en cualquier caso, la compraventa de reemplazo exigible sería la del 28 de octubre de 2010.
- Que condene a la Demandante, CASA VERDE, al pago de las costas del presente procedimiento, incluyendo los gastos de representación.



IV COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL

Universidad Carlos III de Madrid, España

2 de enero a 1 de junio de 2012

Audiencias

28 de mayo a 1 de junio

Organizado por:

Universidad Carlos III de Madrid

CNUDMI/UNCITRAL

El Caso Moot Madrid 2012 ha sido elaborado por un equipo formado por profesionales de la Universidad Carlos III de Madrid y del despacho Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Por la Universidad Carlos III de Madrid han participado: David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell. Por Cuatrecasas, Gonçalves Pereira han participado: Elisabeth de Nadal, César Rivera García y Juan Antonio Ruiz García. Asimismo, deseamos agradecer a Fernando Herrero Sanmartín y a Sergio Sánchez Muñoz por la asistencia prestada en algunos de los aspectos técnicos y prácticos del Caso.



Universidad
Carlos III de Madrid

UNCITRAL

ÍNDICE:

SOLICITUD DE ARBITRAJE	4
Documento de la solicitud nº 1: Nombramiento de representante	15
Documento de la solicitud nº 2: Extractos del contrato de construcción	16
Documento de la solicitud nº 3: Extractos de las condiciones del contrato de construcción	18
Documento de la solicitud nº 4: Asunto: Cambios en la planificación de los elementos de la cimentación	22
Documento de solicitud nº 5: Asunto: Re: Cambios en la planificación de los elementos de la cimentación	23
Documento de solicitud nº 6: Asunto: Re: FW: Cambios en la planificación de los elementos de la cimentación	24
Documento de solicitud nº 7: Extractos del Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina. Seguridad Estructural en la Cimentación	25
Documento de solicitud nº 8: Asunto: Estado de la construcción	28
Documento de solicitud nº 9: Asunto: Re: Estado de la construcción	29
Documento de solicitud nº 10: Asunto: Re: FW: Estado de la construcción	30
Documento de solicitud nº 11: Asunto: Decisión del Ingeniero-consultor	31
Documento de solicitud nº 12: El Comité para la Adjudicación de Disputas	32
Documento de solicitud nº 13: Asunto: Continuación de las obras	36
Documento de solicitud nº 14: Asunto: Re: Continuación de las obras	37
Documento de solicitud nº 15: Asunto: Re: Continuación de las obras	38
Documento de solicitud nº 16: Asunto: Re: Continuación de las obras	39
Documento de solicitud nº 17: Aval bancario a primer requerimiento	40
Documento de la solicitud nº 18: Asunto: Garantía bancaria a primera demanda. Reclamación de pago	42
Documento de solicitud nº 19: Asunto: Re: Garantía bancaria a primera demanda. Reclamación de pago	43
Documento de solicitud nº 20: Re: Garantía a primera demanda 486/2011 REGENTA CO-VETUSTA SA. Solicitud de ejecución	44
Documento de solicitud nº 21: Re: Acuse de recibo de la solicitud y examen de los documentos (REGENTA CO. – VETUSTA S.A.)	45

Documento de solicitud n° 22: Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Alas, Medida cautelar 21763286437826/2011 _____	46
Documento de solicitud n° 23: Re: Paralización del pago de la Garantía a primera demanda 486/2011 (REGENTA CO. – VETUSTA S.A.) _____	49
Documento de la solicitud n° 24: Tasa de registro _____ ¡Error! Marcador no definido.	
CARTA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD _____	51
CARTA DE NOTIFICACIÓN DE LA SOLICITUD _____	53
CARTA RELATIVA AL COÁRBITRO DESIGNADO POR LA DEMANDANTE _____	57
RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE _____	60
Documento de respuesta a la solicitud n° 1: Nombramiento de representante _____	68
Documento de respuesta a la solicitud n° 2: Solicitud de decisión conforme a la cláusula 5.1 de las condiciones del contrato de construcción _____	69
Documento de respuesta a la solicitud n° 3: Declaración de independencia e imparcialidad de D. José Ronzal _____	70
Documento de respuesta a la solicitud n° 4: Sumisión de Disputa al Comité _____	71
Documento de respuesta a la solicitud n° 5: Extracto del periódico “la Audiencia” _____	73
Documento de respuesta a la solicitud n° 6: Asunto: Paralización de las obras y boicots _____	75
Documento de respuesta a la solicitud n° 7: Carta a D. Robustiano Somoza, apoderado y director del Departamento de Créditos Documentarios y Garantías Independientes, del Área de Transacciones Exteriores del banco Clarín SA _____	76
Documento de la respuesta a la solicitud n° 8: Respuesta de D. Robustiano Somoza, apoderado y director del Departamento de Créditos Documentarios y Garantías Independientes, del Área de Transacciones Exteriores del banco Clarín SA _____	77
CARTA RELATIVA AL COÁRBITRO DESIGNADO POR LA DEMANDADA _____	78
CARTA SOBRE LA CONFIRMACIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL _____	81
ACTA DE MISIÓN _____	85
ORDEN PROCESAL N° 2 _____	90

**Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de
Comercio Internacional: Solicitud de Arbitraje**

REGENTA CO. V.S. VETUSTA S.A.

D. Fermín de Pas, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad REGENTA CO. formula de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDANTE Y SU REPRESENTANTE

1. La Compañía REGENTA CO., con el nombre comercial Regenta (en adelante, REGENTA) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Calle Ripamilán, no. 54, ciudad de Vegallana. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (76) 943 32 85, (76) 943 32 86 e info@regenta.an.
2. En el presente procedimiento, Regenta se encontrará representada por D. Fermín de Pas, abogado, Avda. Celedonio, 369, ciudad de Vegallana tel. (76) 943 54 22, fax (76) 943 54 23, correo electrónico fdepas@depasabogados.an. Se acredita la representación mediante el **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 1**.
3. REGENTA es una empresa que se dedica a la producción masiva de cemento portland para la construcción de cualquier clase de edificación. Dispone desde el año 1995 de una planta en las inmediaciones de Fandiño.

II. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA

4. Es demandada en el presente arbitraje VETUSTA SA.
5. VETUSTA S.A, con el nombre comercial VETUSTA (en adelante, VETUSTA) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Bermúdez, no. 77, ciudad de Alas, Cervantia. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (98) 986 96 45 33, (98) 986 89 45 34 e info@vetusta.cer.
6. VETUSTA es una compañía internacional líder en la planificación y construcción de plantas químicas, industriales y refinerías. En marco de las plantas industriales, VETUSTA ofrece desde el diseño y construcción de plantas de cemento, el suministro del equipamiento de la industria cementera, así como de la maquinaria y de cualquier instalación o sistema para la fabricación del cemento: extracción y molienda de la materia prima, su homogeneización, producción del clicker o la molienda del cemento.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA

7. Los antecedentes de la controversia que nos ocupa deben situarse en el año 2010. La crisis económica sufrida por algunos países no ha afectado a Andina, cuyo crecimiento económico se sitúa entre los más elevados del mundo, un 7% (el segundo después de Chamalaya). Andina ha destacado en la última década por ser el país de la región con la mayor estabilidad política y económica de la zona, así como por sus abundantes recursos naturales, siendo muy atractivo para la inversión extranjera.

Ante esta situación, el sector de la construcción de viviendas y demás edificios civiles en el país de Andina se ha visto fuertemente potenciado, y, como consecuencia de ello, la demanda del cemento portland se ha visto incrementada notablemente. La demanda de este producto es mayor aun si cabe en las grandes ciudades; principalmente, en Vegallana (la capital) y en Frígilis (situada a 200 km al sur de la ciudad de Vegallana).

8. REGENTA dispone desde el año 1995 de una planta de producción de cemento en las inmediaciones de Fandiño. Su ubicación a más de mil kilómetros al norte de la ciudad de Vegallana no la hace idónea para satisfacer las necesidades del mercado en las ciudades de Vegallana y Frígilis. La planta de Fandiño no tendría además capacidad suficiente para fabricar el volumen de cemento en la proporción en la que es demandado en las ciudades de Vegallana y Frígilis, menos aún si se tiene en cuenta que las proyecciones de crecimiento del mercado indican que éste va a mantener su tendencia alcista (y la elevada demanda) durante al menos, los próximos 40 años. Estas razones movieron a mi representada a ampliar su capacidad productiva de cemento portland mediante la construcción de una nueva planta en Olías de Cuervo a 300 km al sur oeste de Vegallana, pues dispone en las cercanías de una cantera para extraer las materias primas necesarias para la fabricación del cemento portland.
9. De acuerdo con el proyecto, la fábrica de cemento requeriría una inversión de 160 millones de euros, que se recuperaría con los ingresos que generaría la fábrica tras seis años de producción. Según dicho proyecto se produciría anualmente 1 millón de toneladas de cemento. Además, se crearía un considerable número de empleos no sólo directos, sino también indirectos.
10. El país de mi representada, Andina, no posee grandes empresas especializadas en la fabricación de cemento, de ahí que se iniciara un proceso abierto de licitación, durante el cual mi representada recibió ofertas de diversas compañías para construir una planta de cemento en Olías de Cuervo.

Incumplimiento del Contrato de Construcción

11. La oferta que resultaba más satisfactoria procedía de la hoy demandada. A pesar de haber contado con ofertas más económicas, a mi representada le satisfizo el nivel de

compromiso de la demandada en cuanto a los niveles de calidad que se comprometía a facilitar, así como a la exhaustividad de las obligaciones que se comprometía a asumir.

12. El país de mi representada no se caracteriza por una infraestructura especialmente desarrollada, ni, como se apuntaba arriba, por la sofisticación de sus compañías constructoras, particularmente, dada la especialidad del tipo de construcción industrial objeto del contrato. Un problema en la obra podía suponer la paralización durante meses, o, incluso, la imposibilidad de encontrar una solución dentro del mercado nacional. Por ello, el compromiso de la demandada a construir en el plazo de dos años, supuso uno de los elementos clave para decantar la voluntad de mi representada, y adjudicar el proyecto a la demandada.
13. Las partes negociaron las condiciones específicas, puliendo y especificando algunos detalles. El resultado se encuentra recogido en los extractos del contrato de construcción, suscrito en fecha el 14 de marzo de 2011 (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**), donde mi representada se encuentra identificada como ‘El Propietario’, mientras que la demandada se encuentra referida como ‘El Constructor’.
14. El contrato se concluyó como de tipo ‘Llave en Mano’. Conforme a lo estipulado, el constructor se comprometía a entregar la planta de cemento con toda la maquinaria, sistemas y herramientas para la fabricación del cemento portland; desde la planta de trituración de la caliza y las arcillas, los sucesivos parques de almacenamientos, la maquinaria para la pre-homogeneización, las instalaciones de molienda, molino de bolas, el quebrantador, las embolsadoras rotativas automáticas o el laboratorio para el análisis químicos y ensayos físicos que permitan verificar que la calidad del producto final es conforme a la norma ASTM (*American Society for Testing and Materials*) C 150.
15. Asimismo, en el contrato de construcción se establece la obligación del Constructor de completar los trabajos previstos en las fechas previstas. De acuerdo con lo negociado por las partes, éstas pactaron la consecución de la obra en tres fases; primera: movimiento de tierras, cimentación y estructura y cubierta, segunda: comienzo de la instalación de la maquinaria, cerramientos y albañilería; tercera, fontanería y desagües, revestimientos, pintura y otros acabados. El tiempo pactado para cada una de dichas fases fue de 8 meses, 7 meses, y 9 meses respectivamente.
16. Al anticipo de 40 millones de euros, cada fase iría seguida de un proceso de comprobación y certificación por la compañía de ingeniería nombrada a tales efectos por las partes, y pagos parciales por la conclusión de cada una de las tres fases de construcción que ascendían, respectivamente, a 60 millones, 30 millones y 30 millones euros.
17. En mayo 2011 se iniciaron las obras de construcción. Una vez comenzadas las primeras excavaciones, el Constructor comunicó que debía realizar algunos cambios

respecto de la planificación de los elementos de la cimentación y del resto de la estructura, **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 4**. Las razones aludidas por VETUSTA para modificar el proyecto, se basan en las discrepancias detectadas entre los resultados del estudio geotécnico ordenado y realizado por VETUSTA (en base al cual se había elaborado el proyecto) y las características reales descubiertas tras iniciar las primeras excavaciones (una corriente de agua al nivel subfreático). Según las declaraciones de VETUSTA, dichas discrepancias obligaban, por el buen fin de la obra, a efectuar cambios en el proyecto, en concreto, a introducir un gran número de pilotes, así como a construir muros de contención e impermeabilización, y una red para achicar agua.

18. Mi representada siempre entendió que se trataban de cambios en el proyecto necesarios para cumplir con lo estipulado y con las obligaciones asumidas por VETUSTA. Ante esta situación, mi representada no hizo sino darse por enterada (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 5**) y remitió la cuestión al ingeniero civil, D. Victor Quintanar, de cuyas declaraciones se desprende la importancia trascendental de ejecutar los trabajos de cimentación conforme a las nuevas indicaciones (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 6**).
19. En ningún caso, consideró, ni considera, mi representada que dichas nuevas instrucciones variaban el contrato, pues VETUSTA debería haber previsto que el estudio geotécnico inicial del terreno tal y como había sido ordenado, no podía mostrar resultados fiables, y menos aún definitivos, a efectos de realizar la planificación de los elementos de la cimentación y de la estructura.

El estudio geotécnico necesario para planificar los elementos de la cimentación había sido realizado por VETUSTA conforme a lo estipulado en el contrato. La demandada empleó para realizar el estudio geotécnico las siguientes técnicas de prospección: métodos de sondeo mecánico, pruebas continuas de penetración y ensayos de laboratorio. Sin embargo, no emplearon otras técnicas de prospección tales como las calicatas y las geofísicas. En especial y como indica el Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina. Seguridad Estructural en la Cimentación (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 7**), las técnicas geofísicas deben emplearse en la realización de los estudios geotécnicos, por un lado, cuando se trata de grandes superficies a construir; por otro lado, para obtener información complementaria que ayude a distribuir los puntos de reconocimiento, así como la profundidad a alcanzar en cada uno de ellos. VETUSTA obvió esta normativa, así como la necesidad de emplear técnicas geofísicas. Estas técnicas no sólo eran de relevante interés dado el gran tamaño de la superficie a construir, sino que además eran imprescindibles en el caso concreto para distribuir correctamente los puntos de reconocimiento de los que tomarían las correspondientes muestras que después de analizarse debería revelar las características del terreno. Al no emplear estas técnicas geofísicas difícilmente se pudo realizar una distribución correcta de los puntos de reconocimiento y difícilmente los datos finales deberían haberse tomado como fiables. No puede

extrañar por ello, que después de realizar las primeras excavaciones fuera necesario modificar la planificación de los elementos de la cimentación, así como del resto de la estructura. Además, VETUSTA también obvió el citado Decreto Ministerial en cuanto a la distancia que debía mediar entre los puntos de reconocimiento. El terreno sobre el que debe construirse la planta es un suelo calificado como S-C, un suelo de dificultad elevada, para el que se debería haber extremado el número de puntos de reconocimiento.

20. Si VETUSTA hubiera empleado las técnicas prescritas en la normativa vigente habría podido detectar la existencia de una corriente de aguas subfreáticas profundas. Pero para sorpresa de mi representada, circunstancias que deberían haber sido previstas desde el comienzo por la demandada, inesperadamente acabarían afectando gravemente a la consecución de la obra.
21. Las obras continuaron durante los siguientes meses ejecutándose conforme al nuevo proyecto de cimentación. Pocos días antes de la fecha en que debía terminar las dos primera etapas de la primera fase de la construcción (movimiento de tierras y cimentación), mi representada solicitó conforme a lo dispuesto en el contrato certificación del Ingeniero por las etapas ya finalizadas (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 8**). La respuesta de la demandante no se dejó esperar, aunque para estupefacción de REGENTA en dicha respuesta no sólo se omitía referencia alguna a la fecha en que estaba prevista la culminación de la primera fase, por el contrario, se reclamaba el 30% del incremento de precio total a razón del replanteamiento de la cimentación con ocasión de los problemas descubiertos en el terreno (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 9**). Mi representada jamás consideró que el replanteamiento de la cimentación pudiera ser considerado una variación del contrato, ni mucho menos que ella debiera asumir los gastos derivados de un error que, a toda luces, se encontraba en la planificación del proyecto. Así se lo comunicó a VETUSTA en el (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 10**)
22. Conforme a la cláusula 5.1 de las condiciones del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3**), D. Víctor Quintanar intentó que las partes llegaran a un acuerdo. Para mi representada la cerrazón de la VETUSTA en cuanto a no admitir sus errores impedía alcanzar ningún tipo de compromiso con ella. Ante la imposibilidad de adoptar un acuerdo amistoso y siguiendo lo establecido en la cláusula antes mencionada, D. Víctor Quintanar en **DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 11** resolvió la desavenencia dando razón en todos sus puntos a mi representada.
23. El Constructor no se dio por vencido, ni desistió de sus pretensiones. Tampoco puso los medios para disponerse a cumplir lo que le correspondía. Por el contrario, decidió recurrir a la última posibilidad para ver aprobado el sobreprecio que pretendía obtener y solicitó el nombramiento del Comité para la Adjudicación de Disputas previsto en la cláusula 21.1 de las condiciones del contrato.

24. De acuerdo con lo dispuesto por las partes, este Comité *ad hoc* debía estar compuesto por un total de tres miembros, de los cuales dos serían seleccionados por cada una de las partes, tras haber sido sometidos a la consideración de la otra, y el tercero, que actuaría a modo de Presidente, sería seleccionado por los dos primeros miembros, previa consulta de las partes. En fecha 9 de septiembre de 2011 mi representada eligió a D^a Petronila Rianzares, ingeniera civil de la firma Rianzares, Páez y Carraspique; mientras que VETUSTA seleccionó a D. Saturnino Bermúdez, ingeniero de caminos que ejerce como consultor independiente. Entre ambos, seleccionaron el día 15 de septiembre de 2011 a D. José Ronzal, eminente catedrático de Estructuras de la Universidad de Vegallana, y abogado del Colegio de Vegallana, como presidente, quedando constituido el comité en el mismo día. Ninguna de las partes realizó ninguna objeción al nombramiento, y el Comité, así constituido, citó a las partes para una única vista, el día 27 de septiembre de 2011 donde pudiesen explicar (principalmente la demandada) la naturaleza de su disconformidad.
25. Probablemente a la luz del desarrollo de la vista, y previendo que su pretensión tenía pocos visos de triunfar, VETUSTA trató de empañar la labor del Comité, expresando dudas acerca de la imparcialidad de sus miembros, especialmente del Sr. Ronzal. Tales acusaciones carecían completamente de fundamento, menos aún tratándose de un Comité compuesto por ingenieros, que debía decidir sobre cuestiones puramente técnicas. Como tales fueron tratadas, negándose los miembros del Comité a disolverse o a retirar a cualesquiera de sus miembros.
26. Así las cosas, en fecha 13 de octubre de 2011 el Comité emitía su resolución (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 12**). Ésta, como no podía ser de otro modo, daba la razón a REGENTA, indicando que VETUSTA carecía del derecho a imponer unilateralmente un incremento en el precio del contrato, y que debía realizar los refuerzos de cimentación necesarios, como parte de las obligaciones contractuales asumidas. Por ello, y como resultado de su obstinada negativa a ejecutar la parte de la obra que le correspondía, había incurrido en un incumplimiento. Resultan irrelevantes las manifestaciones que realizó de manera aislada el Sr. Saturnino Bermúdez, en la medida en que su opinión era disidente de la de la mayoría; y, además, con posterioridad se ha conocido que, en los últimos 2 años, el mismo ha sido designado como Órgano de Adjudicación de Disputas, semejante al Comité nombrado en este caso, pero de naturaleza unipersonal, en tres casos de construcción relacionados con la Demandada; uno con ella como parte, y los otros dos involucrando a su filial VETUSTA Verde S.L., dedicada a proyectos de arquitectura y construcción sostenible, con un resultado siempre favorable al grupo, y que, hace diez años, la firma Zapico, Zumarri & Vinagre Corp, para la que trabajaba, actuó como consultor externo en una planta química en Altiplania, el que, hasta la fecha, constituye el mayor proyecto de VETUSTA, y lo fue también para dicha firma.

27. Habiéndose agotado las vías previstas en el contrato para solucionar de manera ágil el problema, mi representada asumió, en buena lógica, que el Constructor, aceptando, por fin, el peso de las circunstancias, entendería que, simplemente, había calculado mal los potenciales costes, y, sin más preámbulos, se dispondría a cumplir su parte del contrato. Así se lo hizo saber en la notificación de 20 de octubre de 2011 (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 13**).
28. La reacción resultó tan inesperada como desproporcionada. VETUSTA indicó en fecha 24 octubre 2011 (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 14**) que esta parte no podía pretender que la decisión del Comité pudiese servir de base para nada. Sorprendentemente, añadió una nueva reclamación económica, esta vez de un 8 % del incremento del precio por gastos adicionales derivados con ocasión de las paralizaciones y huelgas de los trabajadores que se habían prolongado durante casi un mes.
29. Mi representada perpleja por las nuevas reclamaciones, de las cuales no había tenido conocimiento alguno hasta el momento, puso de manifiesto en su respuesta de 28 de octubre de 2011 (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 15**) que en ningún caso las paralizaciones y huelga de los trabajadores de la construcción, ni las consecuencias negativas de aquéllas, podían ser objeto de reclamación alguna a mi representada. Semejante situación estaba fuera de la esfera de control de REGENTA. VETUSTA y sólo ella, debería haber buscado solución y remedio para que no tuviera consecuencia alguna en la construcción. Estas nuevas reclamaciones, son totalmente injustificadas, y muestran un claro intento por parte de VETUSTA de no acometer la construcción, o de acometerla con un ilegítimo y desorbitado sobreprecio a costa de mi representada.
30. Asimismo, ante la actitud de VETUSTA REGENTA no podía sino tratar de salvaguardar sus derechos lo mejor posible, y, como tal, añadió que no pensaba facilitar el acceso de los obreros, técnicos o maquinaria a las instalaciones hasta que no obtuviese el compromiso firme de VETUSTA de realizar la obra al coste inicial. La respuesta fue una negativa tan rotunda como sin argumentos (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 16**).

Frustración ilegítima de los instrumentos de garantía pactados

31. Las circunstancias descritas anteriormente dejaban a REGENTA y su inversión (ya había pagado a VETUSTA 40 millones de euros en cumplimiento del Contrato y la planta aun no había comenzado a alzarse) en una situación extremadamente delicada y perjudicial. No sólo se había invertido ya un importe elevado en el proyecto (casi un tercio de lo pactado bajo el Contrato) sino que además, como se ha expuesto anteriormente, no había alternativas satisfactorias en el mercado para retomar la construcción.
32. La presión derivada de la posición de VETUSTA no dejaba otra opción a mi representada que proceder a la ejecución de las garantías pactadas por las partes.

Como es práctica habitual en los contratos de construcción, las partes estipularon la entrega por parte del Constructor, entre otras, de una garantía a primera demanda para el caso en que incumpliera sus obligaciones (cláusula 42 del Contrato).

En cumplimiento de la mencionada cláusula el Constructor solicitó, a la oficina de Alas del Banco Clarín, Cervantia la emisión de un aval bancario a primera demanda que fue entregado a REGENTA en fecha 24 de marzo de 2011. La oficina de Alas, Cervantia, comunicó la circunstancia a la oficina del banco en Vegallana, Andina, donde se emitió finalmente la garantía (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 17**). Cervantia y Andina son parte en la Convención de Naciones Unidas de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Este instrumento, de carácter independiente y abstracto respecto del Contrato, debía preservar la posición de REGENTA, pero sin entrar en los pormenores de la relación subyacente entre mi representada y la parte demandada.

33. Mi representada entendió que, ante la negativa obstinada de la Demandada al cumplimiento de sus obligaciones, la ejecución de la garantía era legítima y sin duda restablecería un cierto equilibrio en la situación creada por VETUSTA que ponía en riesgo el proyecto y la inversión de mi representada, pues el interés de mi representada seguía siendo que VETUSTA cumpliera de manera específica sus obligaciones. En el peor de los casos, REGENTA podía obtener efectivo, y pensar detenidamente en posibles alternativas sin sufrir la inmediata presión financiera que viene con la falta de liquidez. Con el primer objetivo en mente puso en conocimiento de la Demandada en fecha 11 de noviembre de 2011 su intención de reclamar el pago de la garantía (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 18**).
34. Para REGENTA no había dudas de que el Constructor había incurrido en incumplimiento contractual. Lo que REGENTA no podía prever es el desarrollo de los acontecimientos que vendría a continuación. Ante la comunicación de mi representada la respuesta de VETUSTA no se hizo esperar, y, en el mismo día, replicaron que el recurso a la garantía les parecía ilegal, y que pensaban hacer todo cuanto estuviese en su mano para impedirlo (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 19**).

Viendo que la cuestión no podía esperar, mi representada tomó las medidas oportunas. Del examen de la garantía se deduce que, dado su carácter independiente, para su ejecución no era necesario que REGENTA demostrase la existencia de un incumplimiento y/o incapacidad de VETUSTA para cumplir; sino solamente la presentación de un documento de reclamación de pago, firmado por un apoderado de mi representada, junto con un documento acreditativo del incumplimiento; que podía consistir en una certificación del Ingeniero, y/o una decisión del Comité para la Adjudicación de Disputas (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 17**). De este modo, mi representada inició la ejecución de la garantía a primera demanda ante el Banco Clarín, sede de Vegallana, acompañando los documentos oportunos (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 20**). El banco acusó recibo de los mismos, e

indicó que procedería a su examen de acuerdo con las reglas aplicables (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 21**).

35. Pero VETUSTA interfirió en las obligaciones de pago asumidas por el banco emisor de los avales. En fecha 24 de noviembre de 2011 el Banco puso en conocimiento de mi representada que el tribunal de primera instancia de Alas, Cervantia, sin previa audiencia de REGENTA, había dictado una medida cautelar prohibiendo la ejecución del pago (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 22**). Ante el temor a una condena por desacato, el banco indicó que debía paralizar el pago hasta que se levantase la orden, o se resolviese la controversia (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 23**).

36. Es necesario apuntar que el tribunal claramente actuó fuera de su competencia, por tratarse ésta una cuestión sometida al tribunal arbitral, o, en su defecto, a los tribunales de Andina, lugar en el que realizó la apertura de la garantía. Además, la orden carecía de todo fundamento, al no existir ninguna de las excepciones que permiten denegar el pago de la garantía independiente de acuerdo con la Convención de la CNUDMI antes referida, o emitir una orden de suspensión.

IV. LOS CONTRATOS DE LOS QUE DERIVA LA CONTROVERSIA Y LA DOCUMENTACIÓN A ELLOS RELATIVA

37. El contrato de construcción entre REGENTA y VETUSTA (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**)

38. Las condiciones del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3**).

V. EL CONVENIO ARBITRAL QUE SE INVOCA: NÚMERO DE ÁRBITROS, IDIOMA Y LUGAR DEL ARBITRAJE

39. La cláusula 53 del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**):

“Toda disputa o controversia entre las partes en relación con este contrato se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por un tribunal constituido por tres miembros; de los cuales cada parte nombrará a uno, y los dos árbitros nombrados por las partes nombrarán, a su vez, al tercer miembro, que actuará como presidente”

40. La cláusula 53 del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**):

“El idioma del arbitraje será el español, y la sede será Matrice, Madre Patria. La institución arbitral competente será la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”.

41. De acuerdo con la establecido en las señaladas cláusulas, mi representada, REGENTA solicita el inicio del procedimiento arbitral ante la Corte Internacional

de Arbitraje de la Cámara de comercio Internacional, en Matrice, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente al momento de inicio el procedimiento arbitral: Reglamento de arbitraje vigente a partir del 1 enero de 2012.

42. Andina y Cervantia han ratificado el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.
43. Se solicita el nombramiento de D. XXXX como árbitro bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

VI. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

44. La cláusula 51 del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**):

“Además de por la ley que resulte aplicable el presente contrato se regirá por los principios generales del Derecho aplicables a los contratos comerciales internacionales.”

45. La Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se encuentra en vigor en Andina y Cervantia, respectivamente los países del Propietario y el Constructor.
46. Andina y Cervantia son parte de la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995.

VII. CONSTANCIA DE PAGO DE LOS DERECHOS DE ADMISIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE

47. Mi representada ha abonado en la cuenta corriente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional la cantidad de XXXXX euros, en concepto de las provisiones de fondos precedentes para la tramitación del presente arbitraje (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 25**).

IX. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

48. Como resultado de lo anterior, REGENTA solicita al tribunal arbitral:

- Que declare que posee jurisdicción para conocer de la controversia de REGENTA con VETUSTA.
- Que declare que al contrato suscrito por las partes le resultan aplicables la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales (2010), y, a la garantía independiente, la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995.
- Que declare que, conforme al contrato de construcción, VETUSTA está obligada a efectuar las necesarias correcciones a la obra consistentes en el refuerzo de la

cimentación mediante pilotes adicionales, muros de contención e impermeabilización y red de achique a su propio coste, por ser previsibles los efectos de los problemas encontrados en el subsuelo sin que REGENTA deba abonar sobreprecio alguno por ello.

- Que declare que, de acuerdo con el contrato de construcción, VETUSTA no tiene derecho a obtener un sobreprecio que cubra los costes adicionales derivados de paralizaciones o huelgas de sus trabajadores.
- Que declare que VETUSTA incumplió sus obligaciones contractuales al negarse a continuar la obra.
- Que condene a VETUSTA a continuar con la obra conforme a lo pactado en el contrato de construcción, y a realizar a su costa, los ajustes necesarios para adaptarla a la nueva situación.
- Que declare que tanto el Ingeniero como el Comité para la Adjudicación de Disputas actuaron correctamente en la resolución de las controversias surgidas entre las partes.
- Que, como resultado de lo anterior, la solicitud de pago de la garantía realizada por REGENTA fue correcta, y no existió en ningún momento circunstancia alguna que permitiese negar el pago.
- Que ordene el levantamiento de la orden cautelar del tribunal de primera instancia de Alas (Cervantia), o, en su defecto, dicte una medida cautelar consistente en una orden de pago ejecutable ante los tribunales de Vegallana (Andina).
- Que, como resultado de los retrasos incurridos y la privación de fondos a mi representada, condene a VETUSTA al pago de los daños y perjuicios que se probarán y cuantificarán en el momento oportuno, y que a efectos de dar cumplimiento a lo estipulado en las Reglas de Arbitraje de la CCI se cuantifican de forma estimativa y provisional en 10 millones de euros.


En Andina, a 2 enero de 2012.

Fdo. Fermín de Pas

DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 1

Dña. Ana Ozores, en su calidad de Consejera Delegada de REGENTA CO. autoriza a D. Fermín de Pas para que asuma la defensa jurídica de REGENTA CO. en el procedimiento arbitral a iniciar ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional contra VETUSTA S.A.

Lo hago constar a todos los efectos oportunos.



Dña. Ana Ozores
Consejera Delegada de REGENTA CO.

DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**EXTRACTOS DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN**

[...]

Cláusula 22 Plazo de cumplimiento

El Constructor se compromete a finalizar las obras descritas en el Anexo I en el plazo de 2 años desde la fecha de comienzo de las mismas. A tal efecto, el proceso se dividirá en tres fases; primera: movimiento de tierras, cimentación y estructura y cubierta, segunda: comienzo de la instalación de la maquinaria, cerramientos y albañilería; tercera, fontanería y desagües, revestimientos, pintura y otros acabados. El tiempo establecido para la finalización de cada una de dichas fases será de 8 meses, 7 meses, y 9 meses. La concreción y el detalle de los elementos y las etapas incluidas en cada fase se realiza, igualmente, en el Anexo I.

[...]

Cláusula 35 Garantía de calidad y procedimiento de evaluación

La finalización de cada una de las fases deberá ser acreditada mediante certificación emitida por el Ingeniero/Consultor nombrado de común acuerdo por las partes. El Ingeniero/Consultor empleará para ello el procedimiento de inspección y evaluación previsto por las partes; o, en su defecto, el que resulte pertinente a juicio del propio Ingeniero/Consultor, de acuerdo con las mejores prácticas del sector. Si las circunstancias del caso así lo requirieren, el propietario podrá solicitar del Ingeniero/Consultor certificación de alguna de las etapas de las que se componen cada una de las fases conforme a lo dispuesto en el Anexo I.

[...]

Cláusula 42. Aval bancario a primera demanda

Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones el Constructor se compromete a solicitar la emisión de un aval bancario, en virtud del cual el banco se comprometa al pago de la cantidad de 30.000.000 (TREINTA MILLONES) de euros al Propietario, que deberá figurar como beneficiario de dicha garantía.

Para la ejecución de la garantía será precisa la presentación de una solicitud de pago, junto con un documento acreditativo del incumplimiento del Constructor. El incumplimiento del constructor podrá acreditarse mediante una declaración del Ingeniero/Consultor, o bien una declaración del Comité de Adjudicación de Disputas a los que se refieren las condiciones generales aplicables al presente contrato.

[...]

Cláusula 51 Ley Aplicable

Además de por la ley que resulte aplicable el presente contrato se regirá por los principios generales del Derecho aplicables a los contratos comerciales internacionales.

[...]

Cláusula 53 Resolución de Disputas

Toda disputa o controversia entre las partes en relación con este contrato se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por un tribunal constituido por tres miembros; de los cuales cada parte nombrará a uno, y los dos árbitros nombrados por las partes nombrarán, a su vez, al tercer miembro, que actuará como presidente.

El idioma del arbitraje será el español, y la sede será Matrice, Madre Patria. La institución arbitral competente será la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 3**EXTRACTOS DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN**

[...]

Cláusula 3.2 El Propietario

El Propietario deberá permitir el acceso y la posesión del terreno en el momento establecido en el contrato. Cualquier incumplimiento por parte del Propietario de esta obligación permitirá al Constructor solicitar un aplazamiento, si el incumplimiento hubiera ocasionado algún retraso, así como la indemnización de cualquier gasto generado con ocasión de dicho incumplimiento.

El Propietario a solicitud del Constructor deberá asistirle en la obtención de la información relativa al derecho laboral aplicable (si esta información no estuviera disponible), así como en los trámites, licencias o permisos necesarios, incluidos los relativos a la importación de bienes y los requerimientos de aduanas.

[...]

Cláusula 4.1. El Constructor

El Constructor deberá diseñar, ejecutar y completar el proyecto conforme a lo estipulado en el contrato, así como subsanar cualquier defecto.

El Constructor proveerá de los documentos, bienes, mercancías, personal o servicios que sean necesarios para el diseño, ejecución y completitud del proyecto, así como para la subsanación de cualquier defecto. Entre los trabajos a realizar por el Constructor se entenderán incluidos cualesquiera que sean necesarios para cumplir con lo dispuesto en el contrato, incluidos aquellos que no figuran expresamente, si implícitamente son necesarios para la completitud del proyecto y su apropiado y correcto funcionamiento.

El Constructor a solicitud del Propietario deberá informar de cualquier detalle relativo a la planificación y métodos empleados para la ejecución del proyecto. Ninguna modificación significativa sobre la planificación y métodos podrá ser adoptada por el Constructor si no ha sido previamente notificada al Propietario.

[...]

Cláusula 4.15 Contratación de mano de obra y condiciones de trabajo

El Constructor se compromete a contratar la mano de obra para la ejecución del proyecto y a sufragar los gastos de dicha contratación incluido también el alojamiento, la manutención, el transporte y demás costos que deriven de dicha contratación.

El Constructor se compromete a cumplir lo dispuesto en el derecho laboral aplicable en el lugar en el que se ejecute el proyecto y a respetar los acuerdos sectoriales en todo lo en ellos dispuestos, ya sea en lo relativo a la seguridad, a la prevención de accidentes, a los horarios, a los salarios o demás cuestiones establecidas en tales acuerdos.

[...]

Cláusula 5.1. El Ingeniero-Consultor

Las partes designarán una consultoría de ingeniería independiente, con las calificaciones profesionales suficientes para cumplir las obligaciones estipuladas en el contrato. Dicha consultoría o la/s persona/s física/s que actúen en nombre de aquélla, carecen de autoridad para modificar el contrato.

[...]

El ingeniero consultor deberá velar por la ejecución y el cumplimiento del proyecto según lo dispuesto en cuanto a la forma y calidad. En particular, el ingeniero consultor podrá impartir instrucciones para que se cumpla lo establecido en el contrato o para que se subsanen los defectos detectados. Salvo estipulación en contrario, el ingeniero consultor no tendrá en ningún caso autoridad para liberar de sus deberes, obligaciones o responsabilidades a ninguna de las partes.

[...]

Si durante la ejecución del proyecto las partes no se pusieran de acuerdo sobre cualquier cuestión relativa al contrato, el Ingeniero consultor deberá consultar a las partes e interceder para que lleguen a un acuerdo. Si no fuera posible alcanzar un acuerdo, el ingeniero consultor adoptará una decisión imparcial de acuerdo con lo establecido en el contrato y tomando en consideración todas las circunstancias relevantes. Las partes acatarán lo establecido por el ingeniero consultor. Si una de las partes no estuviera de acuerdo, podrá acudir al Comité para la Adjudicación de Disputas, previa notificación escrita a la otra parte.

[...]

Cláusula 10.2 Subsanación de defectos

El Constructor asume el riesgo y los costes derivados de los defectos que deba subsanar, si éstos son atribuibles al defecto o inadecuación del diseño, de los materiales, de los servicios o de cualquier trabajo no conforme con las obligaciones establecidas en el contrato. Si o en alguna medida no es atribuible a algunas de esas causas derivadas de las obligaciones del contrato, el Constructor deberá notificarlas al Propietario de acuerdo con lo establecido en la cláusula relativa al procedimiento de variaciones.

[...]

Cláusula 12.1 Derecho a la variación

El Propietario podrá solicitar variaciones en cualquier momento antes de la completitud de las obras. El Constructor estará obligado a ejecutarlas, salvo que notificara sin dilación al Propietario que: i) no puede obtener los bienes requeridos para ejecutar la variación o; ii) que su ejecución podría reducir la seguridad o la idoneidad de los trabajos. Tras recibir dicha notificación, el Propietario deberá cancelar, confirmar o cambiar la variación.

Cláusula 12.2 Valor del proyecto de ingeniería

El Constructor podrá en cualquier momento proponer al Propietario variaciones, siempre que: i) sirvan para acelerar la completitud de la obra; ii) sirvan para mejorar la eficiencia o el valor de los trabajos o; iii) redunden en cualquier forma en beneficio del Propietario. El Constructor elaborará los documentos indicados en la cláusula 12.3.

Cláusula 12.3 Procedimiento para la variación

Si lo solicitara el Propietario, el Constructor deberá en tiempo razonable elaborar: i) una propuesta sobre la variación, ya sean sobre el diseño o la ejecución del trabajo, así como un programa para la concreta ejecución de la variación; ii) una propuesta sobre la modificación del programa de ejecución del proyecto que como consecuencia de la variación pudiera suponer su modificación y; iii) una propuesta sobre el ajuste del precio del contrato. En tal caso, el Propietario deberá en tiempo razonable dar debida respuesta, ya sea aceptando, rechazando o realizando los comentarios que considere oportunos. El Constructor en ningún caso podrá retrasar o paralizar el trabajo mientras espera la respuesta del Propietario.

[...]

Cláusula 18.4 Riesgos del propietario

Si o en alguna medida los riesgos indicados en la lista que figura más abajo ocasionaran algún daño o pérdida en los trabajos, los bienes o la documentación del Constructor, el Constructor a la mayor brevedad deberá informar al Propietario y deberá tomar las medidas necesarias para reparar las consecuencias de dichos daños o pérdidas.

Si la reparación de las consecuencias de los daños o pérdidas sufridos tuviera como efecto el retraso en la ejecución y costos adicionales, el Constructor deberá notificar al Propietario el retraso sufrido y los costos sufragados.

Tras recibir dicha notificación, el Propietario deberá proceder a acordar o a que se determine la compensación económica conforme a lo dispuesto en la cláusula 5.1.

Los riesgos a los que hace alusión son: i) guerras, hostilidades, invasión, actos de fuerzas enemigas; ii) rebelión, terrorismo, revolución, ocupación del poder, guerra civil; iii) motines, tumultos o desorden que no sea ocasionado por el personal del constructor; iv) explosiones de los materiales de la construcción, contaminaciones radiactivas no atribuibles al Constructor.

[...]

Cláusula 20.7 Fuerza mayor

Por fuerza mayor se entenderá todo hecho o circunstancia excepcional que: i) está fuera de control de la parte que lo alega; ii) sea imprevisible al momento de celebrarse el contrato; iii) no ha podido ser evitado, ni superadas sus consecuencias; iv) y que no sea atribuible a la otra parte.

Por fuerza mayor se entenderán los hechos y circunstancias descritas a continuación, entendiendo que éste no es un listado cerrado y que en cualquier caso deberá cumplirse lo dispuesto en los incisos i) a iv): guerras, hostilidades, invasión, actos de fuerzas enemigas; motines, tumultos, desorden, huelgas o cierre patronal cuando no sea del personal del Constructor; explosiones de los materiales de la construcción, contaminaciones radiactivas no atribuibles al Constructor; catástrofes naturales tales como huracanes, terremotos o actividad volcánica.

La parte afectada por un hecho o circunstancia de fuerza mayor deberá ponerlo en conocimiento de la otra parte, so pena de incurrir en la indemnización de daños y perjuicios causados por la falta de notificación a la otra parte.

La parte afectada por el hecho o circunstancia excepcional de fuerza mayor quedará exonerada de cumplir sus obligaciones mientras dicho hecho o circunstancia persista.

[...]

Cláusula 21.1 El Comité para la Adjudicación de Disputas

Si lo solicita una de las partes, cualquier controversia entre las partes podrá ser sometida al Comité para la Adjudicación de Disputas (en adelante, CAD) para que adopte una decisión.

[...]

El CAD estará compuesto por tres miembros. Cada parte designará a uno de los miembros que será aprobado por la otra parte. Los dos miembros nombrados por las partes procederán a nombrar a un tercero, que deberá ser también aprobado por las partes y que hará las veces de presidente.

[...]

Una vez se haya procedido al nombramiento de los miembros del CAD, ambas partes pondrán a disposición del CAD toda la información, documentación, así como permitir el acceso a las instalaciones que consideren necesarias. El CAD podrá también solicitar cualquier información, documentación o acceso a las instalaciones que pueda ser necesaria para adoptar una decisión.

En el plazo de 30 días el CAD adoptará una decisión razonada que será vinculante para ambas partes y que deberá ser ejecutada sin demora. Si alguna de las partes está en desacuerdo con la decisión del CAD, deberá en el plazo de 28 días desde la recepción de la decisión notificar a la otra parte su desacuerdo con dicha decisión. La notificación de desacuerdo deberá contener referencia expresa del objeto de la controversia, así como incluir las razones o motivos por los que se está en desacuerdo con la decisión adoptada por el CAD. Ninguna de las partes podrá acudir a la vía arbitral, si previamente no ha notificado a la otra parte su desacuerdo con la decisión adoptada por el CAD. Si en el plazo previamente señalado ninguna de las partes hubiera notificado su desacuerdo, la decisión del CAD será definitiva y de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

[...]

DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 4

Fecha: 10. 05. 2011 12:04:00

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

A: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Adjunto: Propuesta del nuevo proyecto de cimentación

Asunto: Cambios en la planificación de los elementos de la cimentación

Estimada Dña. Ana Ozores:

Estimado D. Victor Quintanar:

Las obras como bien saben comenzaron en las fechas acordadas. No ha habido problemas en el envío de los materiales y de la maquinaria. Algunos problemas sí hemos tenido con los trámites aduaneros. Sin embargo, gracias a la excelente experiencia de nuestra encargada en estos asuntos, se han podido resolver y el pequeño retraso acaecido ha podido ser subsanado. La dificultad inicial en encontrar mano de obra también parece haber sido resuelta y actualmente, ya contamos con las cuadrillas de obreros necesarios para realizar la obra.

La razón que motiva la presente comunicación no son esos pequeños traspiés ya resueltos, sino otra cuestión de extrema urgencia. En particular, nuestro director de obra, D. Luis Magenta, nos ha informado que, al iniciar las excavaciones, el terreno presenta características específicas que no habían sido detectadas por el estudio geotécnico; y eso que en la realización del mismo, no se habían escatimado ni medios, ni recursos y que se habían extremado al máximo el empleo de todos los métodos posibles para que los resultados fueran del todo fiables. En cualquier caso, resulta imprescindible acometer cambios respecto de los elementos de la cimentación y del resto de la estructura. Cambios que debieran aceptarse a la mayor brevedad para evitar cualquier posible retraso en la programación de las obras.

El documento adjunto contiene el informe con los nuevos datos relativos al terreno y la propuesta del nuevo proyecto, en el que se indican además el tipo de materiales y el incremento de horas de los jornaleros para acometer los cambios en plazo. Si entrar en detalle respecto de las cuestiones técnicas, queremos señalar, que al realizar el nuevo proyecto según las nuevas características se han tenido que alterar en profundidad el proyecto inicial; se ha incrementado el número de pilotes y la configuración geométrica de la cimentación, y se han incorporado muros de contención e impermeabilización y una red de achique. Son cambios de gran calado, pero suponen también mejoras que redundan en beneficio de la obra al mejorarse aún más las condiciones para asegurar el buen comportamiento de los cimientos durante la vida útil del edificio.

Por último sólo indicar que conocedores del interés de REGENTA Co de que la obra se termine en el plazo acordado, proponemos incrementar la plantilla y el número de horas de los jornaleros. Pondremos, todos los medios para que estas circunstancias no ocasionen retrasos en las obras. Si viéramos que no es posible evitar un retraso les informaremos al respecto. Necesitamos eso sí, con urgencia, su visto bueno, que esperamos recibir a la mayor brevedad para poder acometer los cambios sin mayores dilaciones.

Álvaro Mesía

Consejero Delegado de VETUSTA

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 5:

Fecha: 12. 05. 2011 8:11:00

A: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

Cc.: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

De: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Asunto: Re: Cambios en la planificación de los elementos de la cimentación

Estimado D. Álvaro Mesía:

Estimado D. Victor Quintanar:

Tomamos nota de la información enviada y de la propuesta remitida. Quedamos a que D. Victor Quintanar de a conocer su parecer al respecto a la mayor brevedad. Nos sorprende a primera vista, que los cambios que desean realizar en el proyecto son de gran calado. Pero nosotros no somos legos en esta materia. Lo importante es que la obra se termine en la forma y plazo acordado.

Ana Ozores

Consejera Delegada de REGENTA CO.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 6:

Fecha: 17. 05. 2011 17:21:30

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

A: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

De: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

Asunto: Re: FW: Cambios en la planificación de los elementos de la cimentación

Después de estudiar el documento remitido y habiendo recibido de manos del Director de la obra algunos otros datos técnicos pertinentes al caso que faltaban en la documentación enviada, considero que resulta imprescindible acometer el nuevo proyecto propuesto para asegurar el buen comportamiento del cimientado durante toda la vida útil de la construcción.

No debe sorprender a Regenta Co. que haya sido necesario efectuar cambios respecto del proyecto inicial. El problema reside en que el estudio geotécnico no detectó que el suelo presentaba unas características particulares debido a la existencia de aguas subfreáticas profundas. Es cierto, que no estamos ante pequeños cambios. De hecho, la nueva planificación altera inclusive la configuración de la cimentación. No obstante, no hay razones para preocuparse de posibles demoras, pues Vetusta S.A ha tomado las medidas que eran de esperar, para que esto no suceda.

Víctor Quintanar

Ingeniería Quintanar y Asociados SL.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 7:**Extractos del Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina. Seguridad Estructural en la Cimentación**

[...]

Estudio geotécnico

§1. El estudio geotécnico deberá realizarse, por parte del proyectista, o, en su defecto, del director de la obra, en la fase inicial del proyecto de construcción.

§2. El estudio geotécnico deberá, mediante el reconocimiento del terreno, recoger y cuantificar la información sobre las características del terreno y su entorno, con el objetivo de permitir la correcta planificación del tipo de cimentación.

§3. Las tareas de reconocimiento tomarán como base la información previa disponible de los sucesivos planes de edificación, y dependerá de: (1) la extensión del área objeto de estudio; la complejidad del terreno; y (3) las características de la construcción proyectada. Las presentes directrices fijan los requisitos mínimos que dicho reconocimiento deberá cumplir.

§4. A tal efecto, deberán recabarse los datos relativos a las especificidades del terreno, especialmente las relativas a su estabilidad, pluviometría y datos seismográficos, los usos previos de que haya sido objeto, la planificación de las construcciones y desarrollos urbanos cercanos, así como los datos procedentes de estudios previos en el mismo terreno o terrenos colindantes, realizados al efecto de dicha planificación y desarrollos.

[...]

Grupos de Suelos

S-A. Suelos dificultad reducida: se trata de suelos con poca variabilidad; de modo que la práctica habitual consista en la cimentación directa mediante elementos aislados.

S-B. Suelos de dificultad media: se trata de suelos que presentan variabilidad; o aquellos situados en una zona donde se recurre a diferentes soluciones de cimentación.

S-C. Suelos de dificultad elevada: se trata de suelos inclasificables en las categorías anteriores, y que posean características que incrementen de manera sensible la dificultad de edificar. A título ejemplificativo, y sin ánimo de exhaustividad, entrarán en la presente categoría los a) suelos blandos o sueltos; b) propensos a los deslizamientos; c) expansivos o colapsables; d) kársticos; e) volcánicos con cavidades; f) en zonas inundadas o marismas; g) con desnivel superior a 17°

[...]

Estudio del terreno

§1. El número y profundidad de los reconocimientos deberá permitir el correcto conocimiento de la zona donde se pretende construir, y dependerá de la superficie y características del edificio, y el tipo de suelo; con un número mínimo de dos. Las distancias máximas entre puntos de reconocimiento, se detallan en la siguiente tabla, así como las profundidades orientativas bajo el nivel de la excavación, sin perjuicio de la posterior fijación de estas últimas teniendo en cuenta las características específicas del suelo.

Tipo de construcción	Tipo de suelo			
	Suelos tipo S-A		Suelos tipo S-B	
	dist max (m)	Profundidad (m)	dist max (m)	Profundidad (m)
1	40	5	30	15
2	35	10	25	20
3	30	12	20	25
4	25	14	15	30

[...]

§11. Cuando el suelo sea del tipo S-C o los reconocimientos previos hayan resultado insuficientes, se establecerán puntos de reconocimiento en las zonas problemáticas, de modo que puedan estudiarse de modo preciso.

Prospección

§1. La prospección del terreno podrá llevarse a cabo mediante calicatas, sondeos mecánicos, pruebas continuas de penetración o métodos geofísicos. En el anexo B se describen las principales técnicas de prospección así como su aplicabilidad, que se llevarán a cabo de acuerdo con este Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina. Seguridad Estructural en la Cimentación.

§2. En los reconocimientos de los tipos de construcción 1 y grupo de terreno S-A, las pruebas de penetración deben complementarse siempre con otras técnicas de reconocimiento como podrían ser calicatas. En los restantes casos, en el reconocimiento se podrán utilizar las pruebas de penetración para la identificación de unidades geotécnicas, que deben contrastarse mediante sondeos mecánicos.

§3. En el marco del presente DM no se pueden utilizar exclusivamente métodos geofísicos para caracterizar el terreno, debiendo siempre contrastarse sus resultados con los sondeos mecánicos.

[...]

Confirmación del estudio geotécnico antes de la ejecución

Una vez iniciada la obra e iniciadas las excavaciones, a la vista del terreno excavado y para la situación precisa de los elementos de la cimentación, el Director de Obra apreciará la validez y suficiencia de los datos aportados por el estudio geotécnico, adoptando en casos de discrepancia las medidas oportunas para la adecuación de la cimentación y del resto de la estructura a las características geotécnicas del terreno.

[...]

ANEXO B

Técnicas de prospección a emplear en los estudios geotécnicos

- Calicatas

§1. Se agrupan bajo este nombre genérico las excavaciones de formas diversas (pozos, zanjas, rozas, etc.) que permiten una observación directa del terreno, así como la toma de muestras y, eventualmente, la realización de ensayos in situ.

§2. El reconocimiento del terreno mediante calicatas es adecuado cuando:

a) se puede alcanzar en todos los puntos el estrato firme o resistente con garantía suficiente;

b) no sea necesario realizar pruebas in situ asociadas a sondeos (p.e. ensayos de penetración estándar).

- **Sondeos mecánicos**

Son perforaciones de diámetros y profundidad variables que permiten reconocer la naturaleza y localización de las diferentes unidades geotécnicas del terreno, así como extraer muestras del mismo y, en su caso realizar ensayos a diferentes profundidades. Deben utilizarse en los casos indicados y cuando el estudio geotécnico requiera:

- a) llegar a profundidades superiores a las alcanzables con catas;
- b) reconocer el terreno bajo el nivel freático;
- c) perforar capas rocosas, o de alta resistencia;
- d) extraer muestras inalteradas profundas;
- e) realizar pruebas de deformabilidad o resistencia de tipo presiométrico, molinete, penetración estándar, etc;
- f) tomar muestras de acuíferos profundos o realizar ensayos de permeabilidad in situ;
- g) determinar valores índice de la roca en macizos rocosos;
- h) detectar y controlar las variaciones del nivel freático, para lo cual se instalarán tubos piezométricos en un número de sondeos suficiente, como mínimo un 30% para que dicho control sea fiable.

- **Pruebas continuas de penetración**

Proporcionan una medida indirecta, continua o discontinua de la resistencia o deformabilidad del terreno, determinándose estas propiedades a través de correlaciones empíricas. Podrán ser estáticas o dinámicas.

- **Geofísica**

Cuando se trate de grandes superficies a construir, y con el fin de obtener información complementaria que ayude a distribuir los puntos de reconocimiento, así como la profundidad a alcanzar en cada uno de ellos.

Ensayos de laboratorio

De todas las muestras obtenidas en calicatas o sondeos se hará una descripción detallando aquellos aspectos que no son objeto de ensayo, como el color, olor, litología de las gravas o trozos de roca, presencia de escombros o materiales artificiales, etc, así como eventuales defectos en la calidad de la muestra.

[...]

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 8:

Fecha: 02. 08. 2011 8:59:00

A: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

Cc.: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

De: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Asunto: Estado de la construcción

Estimados Sres.

Dados los cambios realizados en la planificación de los elementos de cimentación y de la estructura y conforme a lo establecido en el contrato, solicitamos del Ingeniero Victor Quintanar la emisión de la certificación que verifique la ejecución de las etapas hasta ahora finalizadas de la fase primera de la construcción. Deseamos también que nos confirmen, que los cambios que tuvieron que realizar para ejecutar la etapa de cimentación no supondrán retraso alguno para la culminación de la primera de las fases. Por ese motivo, agradeceremos nos confirmen que cumplirán con la fecha estipulada en el contrato a tales efectos.

Cordiales saludos,

Ana Ozores

Consejera Delegada de Regenta Co.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 9:

Fecha: 08.08. 2011 18:21:12

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Adjunto: Costos y gastos totales debidos por los cambios en el proyecto de cimentación

Asunto: Re: Estado de la construcción

Estimada Dña Ana Ozores:

Como sabe por comunicaciones anteriores y por la información que a buen seguro le ha transmitido D. Victor Quintanar, se ha tenido que acometer grandes cambios en la planificación inicial, cambios que se han venido ejecutando poniendo por nuestra parte la mayor de las medidas posibles para que no ocasionaran retrasos algunos. Conseguimos en el menor tiempo posible el material adicional para ejecutar los cambios por ustedes aceptados, aunque eso ocasionó tener que pagar más por los materiales, así como alquilar maquinaria a un precio algo superior a lo normal, dada la urgencia, también incrementamos el número de obreros en plantilla y el número de horas extra. Todo ello, para que las circunstancias ajenas a nuestra esfera de control, no afectaran a la consecución de la obra. Seguimos poniendo los medios y dedicamos todos nuestros esfuerzos por terminar la primera fase según lo acordado y como bien sabe D. Victor Quintanar, quien el marco de sus funciones sigue de cerca todos los avances. Por todo lo antedicho y para que se abone junto con el segundo pago previsto tras la consecución de la primera fase y después de emitirse el debido certificado, remitimos en el archivo adjunto detalle de todos los costos y gastos sufragados para llevar a cabo los cambios en la fase de movimiento de tierras, cimentación y estructura, lo que supone un incremento estimado de 48.000.000 euros. Tome nota que este incremento del precio es debido exclusivamente a la ejecución de esta fase y que por tanto, debiera ser abonada junto con la cantidad inicialmente estipulada tras recibir el certificado a emitir tras la finalización de la primera fase.

Cordiales saludos,

D. Álvaro Mesía

Consejero Delegado de Vetusta S.A.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 10:

Fecha: 09. 08. 2011 11:49:30

A: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Asunto: Re: FW: Estado de la construcción

Estimado D. Álvaro Mesía:

Tras recibir su último mensaje, no podemos sino expresar, total desconcierto ante la situación que nos plantea y la cantidad adicional que reclama.

Ustedes fueron los que determinaron y eligieron la forma y métodos a emplear en la realización del estudio geotécnico. Deberían haber previsto cualquier incidencia, y, si no actuaron diligentemente, o se quedaron cortos en los extremos relativos a los gastos presupuestados no es nuestra responsabilidad. Ustedes deben cumplir conforme a lo estipulado y de acuerdo con las obligaciones asumidas; este es a todas luces un evento que una empresa con su experiencia debería haber previsto. Es por este motivo, que no alcanzamos a comprender por qué se nos reclama una cantidad adicional, si era una contingencia que ustedes deberían haber evitado. Por supuesto nos ha alegrado comprobar a través de sus manifestaciones en anteriores mensajes, que han adoptado las medidas necesarias para que las características especiales del terreno detectadas no afectara al programa de la construcción. Pero entendemos, que es su obligación que esas circunstancias no alteren lo dispuesto en el contrato, ni impidan su debido cumplimiento.

Máxime no podemos aceptar la asunción de un pago de una cantidad que supone aproximadamente un incremento de un 30% del precio total de la obra, y un incremento de un 60% del precio de la primera fase movimiento de tierras, cimentación y estructura y cubierta. Resulta desorbitado e injustificado este sobreprecio que reclaman ahora, pues, además, no ha sido hasta este cuando hemos sido informados del monto total. Es cierto, que conocíamos que los cambios en el proyecto eran profundos, de gran calado, y que el documento enviado incluía referencia a la cantidad de material y de horas de trabajos adicionales que eran necesarias para ejecutar los cambios. Pero siempre creímos que formaba parte de la esfera de las obligaciones asumidas en virtud del contrato y la urgencia con la que nos plantearon este problema no es óbice para que hubieran pedido aclaración sobre esta cuestión.

Por lo antedicho, no podemos sino rechazar la reclamación del pago de esa cantidad adicional. Por supuesto, no obstante, realizaremos el abono del pago originariamente estipulado en el contrato, cuando se nos haga llegar el certificado relativo a la conclusión de esta fase.

Esperamos entiendan nuestra razones. Por lo demás, según nos informa D. Victor Quintanar, les agradecemos todos los esfuerzos que dedican para ejecutar las obras tal y como se acordaron, así como su diligente actuar ante lo acontecido.

Saludos cordiales,

Ana Ozores

Consejera Delegada de Regenta Co.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 11:

Fecha: 24. 08. 2011 15:39:00

A: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

De: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

Asunto: Decisión del Ingeniero-consultor

Adjunto: Decisión sobre los cambios del proyecto de cimentación

Estimados Sres.

Conforme a las cuestiones surgidas en torno a los cambios del proyecto de cimentación y tras haber intentado sin éxito que las partes llegaran a un acuerdo amistoso sobre el asunto, he sido emplazado para tomar una decisión de acuerdo con el procedimiento establecido a tales efectos por las partes en el contrato de construcción suscrito entre las mismas.

La decisión motivada de acuerdo con las especificidades técnicas del caso puede encontrarse en el documento adjunto al presente email. Se procede no obstante, a describir a continuación los hitos principales y la decisión adoptada, relegando las cuestiones técnicas a lo dispuesto en el ya mencionado documento.

- VETUSTA SA eligió las técnicas de prospección a emplear en la realización del estudio geotécnico;
- VETUSTA SA. sobre la base del Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina. Seguridad Estructural en la Cimentación, debería haber empleado otras técnicas como son las geofísicas, para la realización del estudio geotécnico;
- Es cierto que las técnicas para realizar los estudios geotécnicos no pueden ser nunca totalmente fiables y pueden derivar en interpretaciones incorrectas. No obstante, la posible divergencia entre los resultados de las pruebas y la situación real debe correr a cuenta de VETUSTA SA, quien debería conforme a la legislación vigente haber tenido en cuenta las técnicas geofísicas para desarrollar el estudio geotécnico. La utilización de las técnicas geofísicas podría haber permitido distribuir con mayor fiabilidad los puntos de reconocimiento, así como haber servido de ayuda para establecer la profundidad más recomendada para su realización;
- Del resultado de las pesquisas y de los documentos analizados, se debe concluir que es obligación de VETUSTA SA. asumir los gastos adicionales derivados por los cambios del proyecto inicial. El monto de los costos y gastos adicionales sufragados por VETUSTA SA son ciertamente correlativos con los cambios que se vio obligada a adoptar para cumplir con lo acordado en virtud del contrato de construcción suscrito entre las partes. Tampoco puede entenderse, que las mejoras incluidas con ocasión del nuevo proyecto de cimentación, aún cuando redundan en beneficio de la obra, puedan constituir una variación del contrato.

Atentamente,

Victor Quintanar

Ingeniería Quintanar y Asociados SL.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 12:**EL COMITÉ PARA LA ADJUDICACIÓN DE DISPUTAS****I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DE LA DISPUTA**

1. VETUSTA SA, con el nombre comercial VETUSTA (en adelante, VETUSTA), solicitante, es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Bermúdez, no. 77, ciudad de Alas, Cervantia. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (33) 986 96 45 33, (33) 986 89 45 34 e info@vetusta.cer.
2. REGENTA CO., con el nombre comercial Regenta (en adelante, REGENTA), frente a quien se solicita la resolución de la presente controversia, es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Calle. Ripamilán, no. 54, ciudad de Vegallana. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (76) 943 32 85, (76) 943 32 86 e info@regenta.an.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA DISPUTA

3. Según los hechos relatados en la sumisión de la disputa, y aceptados por la parte contraria, la controversia se planteó a raíz de una serie de problemas e imprevistos en la composición y estructura del terreno distinta a la esperada por la solicitante, que, en opinión de ésta última, obligaban a realizar modificaciones en la planificación de la obra, especialmente referentes a la cimentación. Tales cambios comportaban un incremento en el coste de la obra.
4. De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 20.1 del Contrato de Construcción suscrito por ambas partes, a cada una correspondía nombrar a un miembro del Comité de Adjudicación de Disputas, y a los dos miembros nombrados por las partes correspondía nombrar al Presidente. Siguiendo dicho procedimiento, en fecha 9 de septiembre fueron nombrados el Sr. Saturnino Bermúdez, por la solicitante, y la Sra. Petronila Rianzares, por la otra parte, quienes, en fecha 15 de septiembre acordaron nombrar al Sr. José Ronzal como Presidente.
5. Con el objetivo de esclarecer los hechos, el Comité celebró una audiencia oral en fecha 27 de septiembre. En este trámite, además de aceptar las pruebas propuestas por las partes, se trató de recabar, de primera mano, la explicación, por parte de ambas, de su versión de lo acontecido.

III. DISCUSIÓN DEL PROBLEMA

6. Tras el examen detenido de los hechos el Comité entiende que NO CABE la pretensión de la solicitante relativa a una variación contractual de acuerdo con lo pactado en la cláusula 12, puntos 1 a 3 del Contrato de Construcción, por resultar total y absolutamente irrazonable y desproporcionada. Los contratiempos derivados de la estructura y composición del terreno podrían haber sido previstos y evitados de haber cumplido con lo dispuesto en Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina. Seguridad Estructural en la Cimentación.
7. El solicitante tampoco puede escudarse en que la planificación mejoraba el proyecto inicial y por tanto, existía razones para una variación, por no haberse cumplido con lo dispuesto a tales efectos en el contrato.
8. Asimismo, tampoco puede el solicitante escudarse para negarse a cumplir con sus obligaciones en la existencia de una causa de fuerza mayor, o en la excesiva onerosidad sobrevenida derivada del imprevisto. Ambas posibilidades quedan excluidas en el presente caso tras un examen somero de los hechos, en la medida en que el evento no resultaba ni imprevisible ni insuperable, ni suponía un coste excesivo.
9. Finalmente, en ausencia de un derecho del solicitante a suspender la prestación; cabe entender que era su deber el acometer las mejoras de acuerdo con su deber general de subsanar la prestación defectuosa. Su reticente negativa a acometer dichas mejoras constituye un claro incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

IV. RESOLUCIÓN

10. Por todo lo anterior, el Comité RESUELVE declarar que la solicitante, VETUSTA, **ha incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de construcción.**

En Vegallana, a 13 de octubre de 2011.

Fdo. Sr. D. José Ronzal

Fdo. Sra. D^a Petronila Rianzares

Opinión separada de D. Saturnino Bermúdez

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DESCRIPCIÓN DE LA DISPUTA

1. No hay datos significativos que añadir en relación con las partes ni con la descripción factual de la disputa.

II. DISCUSIÓN DEL PROBLEMA

2. Disiente el que suscribe, tanto en el fondo como en la forma, de la decisión adoptada por los miembros del Comité de Adjudicación de Disputas Sra. D^a Petronila Rianzares y Sr. D. José Ronzal.
3. Para empezar, en cuanto al fondo, no puedo compartir la opinión suscrita por los arriba mencionados ni en cuanto a la falta de fiabilidad de los técnicas empleadas para la ejecución del estudio geotécnico, ni en cuanto a la previsibilidad de los problemas con el terreno. El Constructor conforme a la normativa aplicable empleó las técnicas más fiables. A la luz de las técnicas empleadas y de los datos arrojados por el estudio geotécnico, no era previsible que el suelo al iniciarse la excavaciones revelara unas características especiales no detectadas por el estudio; ni tampoco el empleo de otras técnicas habría garantizado la detección de la corriente subterránea en el subsuelo. El solicitante actuó de manera diligente tanto en la realización del estudio geotécnico, como después al proponer con gran celeridad los cambios del proyecto.
4. Los problemas del terreno suponían la práctica imposibilidad de continuar la obra con los diseños y planificación iniciales, tal como habían sido pactados por las partes. Siendo así que era imposible llevar a cabo el contrato original, se hacía necesario pactar una variación, que es, precisamente, para lo que se previó la cláusula 12, en sus apartados 1 a 3. En este caso, la propuesta de alteración de diseños, planos y costes realizada por la constructora era razonable, y, además, redundaba en beneficio de la obra, dadas las significativas mejoras que incorpora el proyecto modificado.
5. Ninguna alternativa resultó discutida en profundidad. La denominada ‘audiencia oral’ o ‘vista oral’ duró únicamente 3 horas; distribuidas de la siguiente manera: 1 hora y 15 minutos para la solicitante, y 1 hora y 45 minutos para la contraparte. En su turno, la solicitante trató de explicar la razonabilidad de la propuesta de variación. No obstante, le fue negada a la solicitante por el Comité, con mi objeción expresa, la posibilidad de presentar diseños alternativos para hacer frente a la eventualidad, diseños que tenían como objetivo ilustrar la razonabilidad de su propuesta, sobre la base de que no resultaban pertinentes. En su turno, la contraparte contestó argumentando la irrazonabilidad de la propuesta, y añadió alegaciones relativas a la inexistencia de fuerza mayor o excesiva onerosidad sobrevenida, y a la consiguiente existencia de

incumplimiento contractual del solicitante por negarse a continuar la obra si la propietaria no asumía el coste adicional. Como he explicado arriba, disiento de la valoración de los argumentos realizada por D^a Petronila Rianzares y D. José Ronzal.

6. Finalmente, debo hacer notar que lo que se sometió a la consideración del Comité por parte del solicitante fue la pertinencia, o no, de acordar una variación en el contrato. En ningún caso se solicitó una opinión sobre la presencia, o no, de circunstancias de fuerza mayor o excesiva onerosidad sobrevenida, ni sobre la existencia, o no, de incumplimiento. En este sentido, considero que no ha sido correcto por parte del Comité el decidir sobre tales extremos.

III. OPINIÓN

7. Por lo anteriormente dicho, DISIENTO de la decisión adoptada por los dos restantes miembros del Comité para la Adjudicación de Disputas. Entiendo que la decisión correcta pasaría por entender PERTINENTE la solicitud de variación presentada por la solicitante; y, por tanto, INCORRECTA la decisión del Comité en sentido contrario. Asimismo, considero EXTRALIMITADA la decisión del mismo en materia de fuerza mayor, excesiva onerosidad sobrevenida e incumplimiento contractual.

En Vegallana, a 13 de octubre de 2011.

Fdo. Sr. D. Saturnino Bermúdez

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 13:

Fecha: 20. 10. 2011 13:27:18

A: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Asunto: Continuación de las obras

Estimado D. Álvaro Mesía.

Como ha podido comprobar, tanto la decisión del Ingeniero, D. Víctor Quintanar, como la del Comité de Adjudicación de Disputas, nos dan la razón. Desconocemos si su perplejidad ante los problemas surgidos en el terreno se debe o no a un error de cálculo; pero lo cierto es que eso, en estos momentos, resulta irrelevante. Ha recibido dos opiniones diferentes de dos fuentes distintas e imparciales, que avalan nuestra postura. Estamos de acuerdo en que hayan hecho uso de ambas consultas; pero, ahora mismo, se trata de ser prácticos, y de que su empresa se comporte como lo que es: una compañía seria y con buena reputación.

Quedamos simplemente a la espera de que nos indique los plazos en los cuales acometerán la obra. Entendemos que los contratiempos hayan podido retrasarla un poco y estamos dispuestos a ser flexibles, pero sin renunciar a ninguno de nuestros derechos.

Reciba un cordial saludo.

Ana Ozores

Consejera Delegada de Regenta Co.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 14:

Fecha: 24. 10. 2011 16:13:27

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Asunto: Re: Continuación de las obras

Estimada Sra. Ozores.

He releído varias veces su correo y aún no salgo de mi asombro. No sé si me resulta más increíble su referencia a las 'opiniones imparciales' o su petición de que continuemos asumiendo la totalidad del coste.

En cuanto a lo primero, son ustedes profesionales con experiencia, y saben tan bien como nosotros que, tanto la opinión del ingeniero Sr. Quintanar, como la de ese 'Comité' son auténticos abusos; donde ustedes se han limitado a indicarles lo que tenían que decir. Dejo en copia al Sr. Quintanar, para que pueda comprobar que no tengo ningún empacho en ser claro directo, porque estoy convencido de llevar razón. En su caso, de todos modos, no es tan grave, porque, al fin y al cabo, ha sido nombrado por ustedes, y es su persona de confianza. En caso del Comité, la manera de desarrollarse la audiencia fue absolutamente vergonzosa. No se nos dejó presentar documentación, se discutieron cosas que no estaban previstas, y se adoptó una opinión que nadie había pedido. Para la siguiente vez pueden directamente elegir a delincuentes.

En cuanto a lo segundo, la respuesta sigue siendo la misma: hablaremos de fechas, plazos, condiciones, etc, tan pronto como acepten el consiguiente incremento de costes.

Asimismo, debo indicarles que ha habido un nuevo desarrollo de los acontecimientos, pues las desgracias nunca parecen venir solas. El malestar generado por la construcción de la planta en las poblaciones cercanas a la propiedad, y, permítame añadir, mal gestionado por su empresa, ha alcanzado el punto de ebullición. Se han sucedido varias manifestaciones que distan de ser pacíficas, en las inmediaciones de la obra, y las presiones a algunos de los obreros locales, que han llegado a venir acompañadas de amenazas. Como resultado, hemos tenido un 'plante', y muchos de ellos no han venido a trabajar. Con el objetivo de mantener la obra operativa, por si en breve recobráis el sentido y entendéis que aprobar la modificación propuesta es el único camino viable, hemos subido el sueldo a los obreros, lo que, unido a las paralizaciones representa un incremento en el coste total del 8%. Considerando las circunstancias, es el menor de los males.

Un saludo cordial.

D. Álvaro Mesía

Consejero Delegado de Vetusta S.A.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 15:

Fecha: 28. 10. 2011 16:13:27

A: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Asunto: Re: Continuación de las obras

Estimado Álvaro.

Su correo es una sucesión de despropósitos. Parece el resultado de una rabieta de principiante, más que el análisis sopesado de una persona con la experiencia necesaria para desempeñar un cargo de responsabilidad como el suyo. La modificación del diseño y ejecución de las obras es responsabilidad suya, lo ha sido siempre, y no importa a quién se pregunte, pues la respuesta será siempre la misma.

En cuanto a la nueva reclamación planteada, debo reconocerle que es usted una caja de sorpresas, pues cuando nadie podría pensar que se puede ser más irrazonable, logra exceder expectativas. No sé de qué problemas, disturbios o protestas está hablando. Entiendo que puede haber malestar, como siempre que se construye una planta altamente contaminante en cualquier ubicación geográfica, pero eso no debe impedir el desarrollo de las obras; y ustedes, que construyen muchas, deberían saberlo mejor que nadie. No hemos tenido noticia de paros laborales, huelgas ni ningún tipo de problemas como los que describe; y, en todo caso, si ustedes han adoptado por su cuenta la decisión de incrementar los salarios, no tenemos nada que objetar, siempre y cuando, ustedes, nuevamente por su cuenta, asuman el incremento de coste que esto supone. No pretenderá hacer pagar a esta empresa con las consecuencias de una decisión que no nos corresponde, y como resultado de un problema inexistente.

Francamente, tenemos mucho interés en que las obras se reanuden, pero su actitud beligerante no ayuda a que confiemos en que continuarán, sin intentar presionarnos con tácticas de última hora. Por tanto, necesitamos su promesa en firme de que acometerá, como es su obligación, las obras necesarias, sin incremento de coste para nosotros. En caso contrario, nos veremos obligados a cerrar la propiedad.

Reciba un saludo.

Ana Ozores

Consejera Delegada de Regenta Co.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 16:

Fecha: 1. 11. 2011 16:13:27

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Asunto: Re: Continuación de las obras

Estimada Ana.

Su correo es tan infundado como carente de sentido práctico. No es nuestro problema si deciden cerrar el acceso a las obras. Ustedes sufren las consecuencias con cada día que pasa sin reanudar los trabajos. No voy a abundar en lo que ya he dicho. Cuando estén dispuestos a ser razonables, y a abrir las negociaciones para llegar a un acuerdo satisfactorio sobre el proyecto modificado y la asunción de los costes derivados de la situación sobrevenida con los trabajadores.

Reciba un saludo

Álvaro Mesía

Consejero Delegado de Vetusta SA

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 17**AVAL BANCARIO A PRIMER REQUERIMIENTO**

El Banco Clarín, Sucursal de Vegallana, y en su nombre y representación, D Juanito Reseco con D.N.I. n° 81243826138H, con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de la escritura de poder autorizada el día 7 de abril de 2004 ante el Notario de Vegallana, D. Santos Barinaga con el número 1287569382-XXZ de su protocolo (en lo sucesivo el “EL BANCO”)

A V A L A

Solidariamente, de forma irrevocable, incondicional y con carácter “a primera demanda”, con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división, y hasta un importe máximo de TREINTA MILLONES DE EUROS (30.000.000 EUROS) incluidos todos los conceptos, el cumplimiento de las obligaciones asumidas frente a la entidad beneficiaria de esta garantía REGENTA CO., con C.I.F. n° OP-372642837-XX, por la persona ordenante de este documento D Álvaro Mesía, con domicilio en Alas y N.I.F 872648376482648724-XXX en virtud del contrato de Construcción entre REGENTA CO. y VETUSTA SA. sita en Avda. Bermúdez, no. 77, ciudad de Alas, Cervantia,

En virtud de la presente garantía, los fondos se pondrán a disposición de la beneficiaria mediante pago a la vista contra la presentación de los siguientes documentos:

1. Una solicitud emitida y firmada por el beneficiario con referencia a la presente garantía, y con el siguiente contenido:
“Solicitamos el pago en la cantidad de [insertar cantidad] lo que representa el perjuicio derivado del incumplimiento de VETUSTA SA en virtud del contrato de fecha 14 de marzo de 2011 firmado por VETUSTA SA y REGENTA CO. para la construcción de una planta productora de cemento portland. Certificamos que hemos cumplido plenamente con los terminus y condiciones del acuerdo subyacente”.
2. Copia de alguno de los siguientes documentos:
 - a. Copia de un documento titulado ‘Declaración del Ingeniero/Consultor’.
 - b. Copia de un documento titulado ‘Resolución del Comité para la Adjudicación de Disputas’

donde se indique que VETUSTA SA ha incumplido sus obligaciones de acuerdo con el contrato de construcción

El BANCO renuncia irrevocablemente a alegar cualquier excepción o derecho contrario a la ejecución del presente aval (incluyendo la negativa u oposición del Constructor) obligándose a pagar en un plazo improrrogable de diez días hábiles tras la presentación de los anteriores documentos, la cantidad igual o menor a la anteriormente citada. A todos los efectos, este documento tendrá naturaleza mercantil, y se configura como una obligación autónoma, no accesoria del contrato a que se ha hecho mención en el párrafo primero, por expresa voluntad del Arrendatario y del BANCO.

Esta garantía entrará en vigor el día de hoy y estará vigente hasta el *** (90 días después del cumplimiento del segundo año de duración del contrato- 16 de julio de 2013), a partir del cual caducará y carecerá por completo de valor, salvo si los requerimientos de REGENTA CO. al BANCO hubiesen sido realizados antes de dicha fecha de vencimiento y no hubiesen sido en dicha fecha abonadas por el BANCO las cantidades avaladas, en cuyo caso el BANCO deberá hacer los abonos antes de que transcurra el plazo de diez días hábiles señalados con anterioridad.

Vegallana, a 23 de marzo de 2011

Banco Clarín

Sucursal de Vegallana.

La presente garantía se regirá por las Reglas Uniformes sobre garantías a Primera Demanda de la Cámara de Comercio Internacional, y, en lo no dispuesto por éstas, por la legislación de Cervantia. Cualquier disputa que tenga su origen en esta garantía será sometida a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, por un tribunal de tres miembros, de los cuales uno será nombrado por la parte demandante y uno por la parte demandada, los cuales nombrarán, de común acuerdo, al presidente. El idioma del arbitraje será el castellano.

El presente aval ha sido inscrito en el Registro de Avaless y Fianzas en esta misma fecha con el número 486/2011.

DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 18

Fecha: 11. 11. 2011 16:13:27

A: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Asunto: garantía bancaria a primera demanda. Reclamación de pago

Estimado Álvaro.

Nuestra paciencia ha llegado a su límite. Somos conscientes de la profesionalidad de sus operarios, y la habilidad de los gestores de proyectos de su empresa. Todo ello, unido a sus especiales conocimientos técnicos, hacen que estemos interesados en que Vetusta desarrolle el proyecto de la planta para el que contratamos.

En este caso el problema de Vetusta es muy concreto, no se encuentra en el nivel técnico o intermedio, sino en el nivel directivo, y tiene nombre y apellidos: Álvaro Mesía (por si no se había dado cuenta). Su insistencia en condicionar la reanudación del proyecto a la asunción por nuestra parte del coste adicional impide que el personal pueda continuar, lo que está haciendo perder dinero a su empresa, algo que es problema suyo, pero también nos está causando un perjuicio, y eso es algo que no puedo dejar pasar.

Por ello quiero comunicarle que tenemos intención de recurrir a la garantía bancaria que pactamos en el contrato para casos de incumplimiento. Tenemos intención de presentar la solicitud de pago. Espero que, ante la inmediatez del golpe financiero, el resto de miembros del consejo de Vetusta sean algo más razonables que usted y le convenzan para cambiar de postura. Si le traslado nuestra intención de antemano es por dos motivos: primero, porque nosotros siempre actuamos de buena fe; segundo, para darle la oportunidad de que recapacite, y, con ello, encuentre una salida airosa del atolladero en el que usted mismo se ha metido.

Cordialmente

Ana Ozores

Consejera Delegada de Regenta Co.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 19:

Fecha: 11. 11. 2011 16:13:27

A: Ana Ozores <a.azores@regenta.an>

Cc.: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Asunto: Re: garantía bancaria a primera demanda. Reclamación de pago

Estimada Ana.

La insistencia en que asumamos el coste era contraria al contrato e irrazonable; y la maniobra de la decisión del Comité, abusiva y de mala fe (por no hablar de la decisión del querido Sr. Quintanar, copiado en el presente correo). Lo que no podía esperar es que, a toda esta saga fueseis a agregar una reclamación de pago, que, simplemente, es fraudulenta, y que tiene el único propósito de extorsionarnos. Ten por seguro (puesto que nosotros también somos transparentes ya actuamos de buena fe) que haremos todo lo posible por paralizar el pago.

Un saludo.

Álvaro Mesía

Consejero delegado de VETUSTA SA

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 20

REGENTA CO.
Calle Ripamilán, no. 54
Vegallana, Andina
Tel (76) 943 32 85,
Fax (76) 943 32 86
info@regenta.an.

Sr. Juanito Reseco
Banco Clarín, SA
Calle Vinculete 36
Vegallana, Andina

Re: Garantía a Primera Demanda 486/2011 REGENTA CO.-VETUSTA SA. Solicitud de ejecución

Jueves, 17 de noviembre 2011

Estimado Sr. Reseco.

Por la presente le remitimos la SOLICITUD DE EJECUCIÓN de la Garantía más arriba mencionada. Dicha ejecución deberá realizarse mediante abono en la cuenta bancaria a nombre de REGENTA CO, con número CLAR XXXX/87123/89/27364872.

De acuerdo con las condiciones de dicha garantía, se remite

(1) El presente documento, en virtud del cual, y de acuerdo con lo dispuesto en el aval: Solicitamos el pago en la cantidad de TREINTA MILLONES DE EUROS (30.000.000 EUROS) lo que representa el perjuicio derivado del incumplimiento de VETUSTA SA en virtud del contrato de fecha 14 de marzo de 2011 firmado por VETUSTA SA y REGENTA CO. para la construcción de una planta productora de cemento portland. Certificamos que hemos cumplido plenamente con los términos y condiciones del acuerdo subyacente.

(2) RESOLUCIÓN del INGENIERO nombrado por ambas partes en el contrato de Construcción, el Sr. D. Víctor Quintanar, ACREDITANDO EL INCUMPLIMIENTO de VETUSTA SA de las obligaciones que le incumben de acuerdo con el contrato de Construcción. Se acompaña dicha Resolución de un documento acreditativo del nombramiento del Sr. D. Víctor Quintanar como el Ingeniero de la obra.

(3) RESOLUCIÓN del COMITÉ DE ADJUDICACIÓN DE DISPUTAS, nombrado por ambas partes, ACREDITANDO EL INCUMPLIMIENTO de VETUSTA SA de las obligaciones que le incumben de acuerdo con el Contrato de Construcción. Se acompaña dicha resolución de los diversos documentos acreditativos del nombramiento de los distintos componentes del mencionado Comité por ambas partes.

Atentamente,

Ana Ozores
Consejera Delegada de REGENTA CO.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 21

Banco Clarín, SA
Calle Vinculete 36
Vegallana, Andina
Tel (76) 934 25 47,
Fax (76) 934 25 48
office@bancoclarin.an.

18 de noviembre de 2011

Sra. D^a Ana Ozores
Regenta Co.
Calle Ripamilán, no. 54
Vegallana, Andina

Re: Acuse de recibo de la solicitud y examen de los documentos de la solicitud
(REGENTA CO. – VETUSTA S.A.)

Estimada Sra. Ozores.

Por la presente acusamos recibo de su solicitud de ejecución de la Garantía a Primera Demanda 486/2011, donde VETUSTA SA. actuó como solicitante, y REGENTA CO. opera como beneficiario. A partir del presente momento se procederá al examen de la documentación presentada, para comprobar su adecuación a lo previsto en la propia Garantía. La correspondiente decisión les será comunicada oportunamente dentro del plazo previsto en las Reglas Uniformes para Garantías a Primera Demanda.

Atentamente,

Juanito Reseco

Banco Clarín SA

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 22



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 10 DE ALAS

Calle Imperio de la Ley, 2

Teléfono: (98) 986 96 45 33, Fax: (98) 986 89 45 34

Procedimiento: Medidas Cautelares 21763286437826/2011

De: VETUSTA SA

Contra: BANCO CLARÍN SA

En Alas, a 23 de noviembre de 2011

HECHOS

En este Juzgado se han recibido las actuaciones que preceden en virtud de Demanda repartida por el Juez Decano de la presente localidad, solicitando MEDIDAS CAUTELARES

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Formulada Demanda contra la mercantil Banco Clarín SA, la parte Demandante solicita la adopción de medidas cautelares consistentes en una orden de suspensión del pago de la Garantía Independiente, o a Primera Demanda, n° 486/2011, concedida por el Banco Clarín SA a solicitud de la mercantil Vetusta SA, siendo beneficiaria de la misma la mercantil Regenta SA.

SEGUNDO.- La mencionada solicitud tiene como base los artículos 19 y 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, vigente en nuestro país. El segundo de los preceptos mencionados establece, en su apartado (1) que:

Cuando, a raíz de una demanda presentada por el solicitante o por la parte ordenante, se demuestre que es muy probable que, en una reclamación que el beneficiario haya presentado o vaya a presentar, concurre una de las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1) del artículo 19, el tribunal, sobre la base de pruebas sólidas inmediatamente obtenibles, podrá:

- a) Dictar un mandamiento preventivo a fin de que el beneficiario no reciba el pago, incluyendo una orden de que el garante/emisor retenga el importe de la promesa, o*
- b) Dictar un mandamiento preventivo a fin de que se disponga el bloqueo del importe de la promesa pagado al beneficiario*

Tomando en consideración el riesgo de que se ocasione al solicitante un perjuicio grave, de no dictarse esa medida

El Demandante de medidas cautelares en el presente procedimiento es el 'solicitante' de la Garantía a Primera Demanda, tal como indica el arriba citado artículo 20. En cuanto a las situaciones contempladas por el artículo 19 de la citada Convención en su apartado 1), letras a), b) o c), se trata de casos donde resulta *claro y manifiesto* que:

- a) Algún documento no es auténtico o está falsificado;*

- b) *El pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación y en los documentos justificativos; o*
- c) *A juzgar por el tipo y la finalidad de la promesa, la reclamación carece de todo fundamento*

Posteriormente, el apartado 2) del mismo artículo 19, aclara que:

Para los efectos del inciso c) del párrafo 1) del presente artículo, se indican a continuación ciertos supuestos en los que la reclamación carecería de todo fundamento;

- a) *Cuando sea indudable que no se ha producido la contingencia o el riesgo, contra los que la promesa proteja al beneficiario;*
- b) *Cuando la obligación subyacente del solicitante haya sido declarada inválida por un tribunal judicial o arbitral, a menos que en la promesa se indique que tal contingencia forma parte del riesgo cubierto por la promesa;*
- c) *Cuando sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario;*
- d) *Cuando el cumplimiento de la obligación subyacente se haya visto claramente impedido por el comportamiento doloso del beneficiario;*
- e) *Cuando se presente una reclamación al amparo de una contragarantía y el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la promesa a que se refería dicha contragarantía.*

TERCERO.- En el presente caso, la beneficiaria de la Garantía realizó la solicitud de ejecución de la misma presentando, de acuerdo con lo exigido por la propia Garantía, 1) una solicitud formal de ejecución; 2) una Resolución del Ingeniero nombrado por ambas partes para el contrato de Construcción que se aseguró con dicha Garantía, declarando el incumplimiento por parte de la solicitante de la Garantía, y solicitante de medidas cautelares en el presente procedimiento, de sus obligaciones de acuerdo con el citado contrato de construcción; y 3) una Resolución del Comité para la Adjudicación de Disputas del citado contrato de Construcción, declarando, nuevamente, el incumplimiento por parte del solicitante de sus obligaciones.

CUARTO.- Que de lo relatado por la solicitante se deduce que en el desarrollo del mencionado contrato de Construcción surgieron una serie de desavenencias de carácter extremadamente complejo en cuanto a la ejecución y la asunción de costes, sobre las que no procede entrar a resolver, dado el carácter provisional de las presentes medidas.

QUINTO.- Que, no obstante lo anterior, de las pruebas presentadas por la solicitante de medidas cautelares se deduce que: (1) existen serias dudas en cuanto a la independencia e imparcialidad del Ingeniero que adoptó la primera decisión declarativa del incumplimiento de la solicitante; (2) existen serias dudas en cuanto a la independencia e imparcialidad de al menos dos de los tres componentes del mencionado Comité de Adjudicación de Disputas que adoptó la segunda decisión declarativa del incumplimiento de la solicitante; (3) existen serias dudas en cuanto a si la decisión del Comité se adoptó con suficientes garantías; y (4) existen serias dudas en cuanto a si ambos, Ingeniero y Comité, se extralimitaron en sus decisiones, atendida la naturaleza muy específica de los asuntos sometidos a su consideración, y que no parecen incluir un pronunciamiento sobre el cumplimiento/incumplimiento por las partes de sus obligaciones.

SEXTO.- Que, puesto que el anteriormente mencionado artículo 20 de la Convención de las Naciones sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente únicamente exige que, en la comprobación realizada por el órgano judicial, resulte “muy probable” que la solicitud carezca completamente de base, comprobados, en el entendimiento del juzgador, los extremos exigidos por la norma, procede acordar las medidas cautelares solicitadas, aun cuando supongan una quiebra del principio de independencia entre la relación bancaria dimanante de la garantía, y la relación subyacente, dimanante, en este caso, del contrato de construcción.

PARTE DISPOSITIVA

SE ACUERDA, conceder las medidas cautelares solicitadas por la Demandante. Por ello, se ordena a la mercantil BANCO CLARÍN que se abstenga de realizar el pago correspondiente a la Garantía a Primera Demanda arriba referenciada. Ello afectará igualmente a la sucursal de Vegallana, que deberá suspender cualquier tipo de pago o transferencia relacionado con la mencionada garantía hasta que se resuelva la controversia subyacente, o bien se levanten las presentes medidas cautelares.

Así lo acuerda, manda y firma D. Frutos Redondo, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alas. Doy fe.

DOCUMENTO DE SOLICITUD N° 23

Banco Clarín, SA
Calle Vinculete 36
Vegallana, Andina
Tel (76) 934 25 47,
Fax (76) 934 25 48
office@bancoclarin.an.

24 de noviembre de 2011

Sra. D^a Ana Ozores
Regenta Co.
Calle Ripamilán, no. 54
Vegallana, Andina

Re: Paralización del pago de la Garantía a Primera Demanda 486/2011 (REGENTA CO. – VETUSTA S.A.)

Estimada Sra. Ozores.

Por la presente le comunico la paralización, hasta nuevo aviso, de la ejecución de la Garantía a Primera demanda 486/2011, solicitada por su compañía. Encontrándonos en el proceso de examinar los documentos correspondientes a dicha Garantía recibimos por conducto notarial la notificación de una medida cautelar adoptada por los tribunales de Cervantia, donde se ordenaba a esta entidad detener el pago de la citada Garantía hasta que se resolviese un supuesto problema de fraude o abuso, para cuya resolución ha sido interpuesta Demanda por la solicitante de la Garantía, VETUSTA SA.

La mencionada orden cautelar no afecta a la naturaleza independiente de la Garantía; y, en este sentido, es preciso reiterar que la paralización del pago no obedece a motivos relacionados con la relación contractual entre Regenta Co. y Vetusta SA; sino al carácter vinculante de las resoluciones judiciales.

Atentamente,

Juanito Reseco

Banco Clarín SA

DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 24

Tasa de registro

Documento de transferencia a la cuenta corriente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de la cantidad de US\$ 3.000, en concepto de anticipo de tasa de registro.



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

Fermín de Pas
DEPAS ABOGADOS
Avda. Celedonio, 369
Ciudad de Vegallana, Andina
Por fax +0000000000
y correo: fdepas@depasabogados.an

3 de enero de 2012

Estimado Señor,

La Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la "Secretaría") acusa recibo de su Solicitud de Arbitraje (la "Solicitud") de fecha 2 de enero de 2012. La referida Solicitud fue recibida el pasado 2 de enero. De conformidad con lo previsto en el artículo 4(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI (el "Reglamento"), el arbitraje de la referencia inició en dicha fecha.

La referencia de este arbitraje se indica más arriba. Les rogamos asegurarse de incluir la referencia **250000/CA** en toda correspondencia futura.

En toda correspondencia futura, los términos en mayúscula que no hayan sido definidos en la presente comunicación tendrán el significado que se les atribuye en el Reglamento, y las referencias a artículos del Reglamento se harán constar generalmente como "(artículo***)".

Acusamos recibo de la tasa de registro no reembolsable de 3.000 US\$.

Hemos recibido 5 copias de la Solicitud y 5 copias de los documentos adjuntos a la misma.

Equipo a cargo del arbitraje

El equipo a cargo del arbitraje es:

Christian Albanesi, Consejero(línea de teléfono directa +33 1 00 00 00 00)

Juliana Castillo, Consejera Adjunta(línea de teléfono directa +33 1 00 00 00 00)

Ana Serra e Moura, Consejera Adjunta(línea de teléfono directa +33 1 00 00 00 00)

María Rodríguez, Secretaria(línea de teléfono directa +33 1 00 00 00 00)

Número de Fax(+33 1 00 00 00 00)

Dirección de correo electrónico..... (cia2012@iccwbo.org)

.../...

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org

El equipo a cargo del arbitraje le escribirá en relación con la notificación de la Solicitud y otra información relevante.

Adjuntamos una nota donde se destacan ciertos aspectos relevantes sobre el arbitraje de la CCI.

Atentamente,

José Ricardo Feris
Secretario General Adjunto
Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Adjuntos: - Nota del Secretario General
 - Reglamento de Arbitraje de la CCI
 - Folleto de la Corte Internacional de Arbitraje



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

4 de enero de 2012

250000/CA

REGENTA CO. (Andina) c/ VETUSTA S.A. (Cervantia)

Consejero: Sr. Christian Albanesi

(Tel: +33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Sra. Juliana Castillo

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Srita. Ana Serra e Moura

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

(Fax: + 33 1 00 00 00 00)

(Email: cia2012@iccwbo.org)

VETUSTA S.A

Avda. Bermúdez, no. 77

Ciudad de Alas, Cervantia

Por mensajería

Estimados Señores:

La Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (la “Secretaría”) le notifica que el día 2 de enero de 2012 recibió una Solicitud de Arbitraje (la “Solicitud”) de REGENTA CO., representada por Fermín de Pas, en la cual se señala a Ustedes como parte demandada.

De conformidad con lo previsto en el artículo 4(2) del Reglamento de Arbitraje de la CCI (el “Reglamento”), este arbitraje inició en tal fecha.

La referencia del arbitraje se indica más arriba. Les rogamos incluir la referencia 250000/CA en toda correspondencia futura.

En toda correspondencia futura, los términos en mayúscula que no se definan en ésta tendrán el significado que se les atribuye en el Reglamento, y las referencias a artículos del Reglamento se harán constar generalmente como “(artículo ***)”.

Adjuntamos una copia de la Solicitud y de los documentos adjuntos a la misma (artículo 4(5)).

.../...

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org

Contestación a la Solicitud

Su Contestación a la Solicitud (la “Contestación”) debe recibirse dentro de un plazo de **30 días** contados a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esta comunicación (artículo 5(1)).

Les rogamos enviarnos **5** copias de su Contestación.

Ustedes podrán solicitar una prórroga del plazo para presentar su Contestación, siempre y cuando presenten sus comentarios sobre el número de árbitros y, cuando corresponda, designen a un árbitro (artículo 5(2)). Esta información permitirá a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (la “Corte”) tomar las medidas tendientes a la constitución del Tribunal Arbitral.

Si alguna de las partes rehúsa o se abstiene de participar en el arbitraje o en cualquier etapa de éste, el arbitraje procederá no obstante dicha negativa o abstención (artículo 6(7)).

Incorporación de partes adicionales

Les rogamos notar que no podrá incorporarse ninguna parte adicional a este arbitraje después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluida la parte adicional, acuerden lo contrario (artículo 7(1)). En consecuencia, si tienen la intención de incorporar una parte adicional y pedir una prórroga del plazo para presentar su Contestación, les rogamos que nos informen al respecto en su solicitud de prórroga.

Constitución del Tribunal Arbitral

El acuerdo de arbitraje prevé que la controversia deberá ser sometida a un Tribunal Arbitral compuesto de tres árbitros.

La parte demandante ha designado a XX XX como coárbitro. Ustedes deben designar a un coárbitro en su Contestación o en cualquier solicitud de prórroga para presentar su Contestación (artículo 12(4)). Si no designan a un árbitro dentro de un plazo de **30 días** contados a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esta comunicación, la Corte nombrará a un árbitro por su cuenta (artículo 12(4)).

De conformidad con el acuerdo de arbitraje, los coárbitros designarán al Presidente. Una vez confirmados o nombrados, según sea el caso, los coárbitros dispondrán de 30 días para designar conjuntamente al Presidente, salvo que otro plazo sea acordado por las partes o fijado por la Corte (artículo 12(5)).

Representación

Si estarán representados por un abogado, les rogamos nos proporcionen los datos de contacto correspondientes.

.../...

Comunicaciones con la Secretaría

Les rogamos nos proporcionen sus números de fax y direcciones de correo electrónico, puesto que podríamos enviarles correspondencia por estos medios.

Conducción eficiente del arbitraje

El Reglamento exige a las partes y al Tribunal Arbitral hacer todos los esfuerzos necesarios para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia (artículo 22(1)).

Al tomar decisiones sobre costos, el Tribunal Arbitral podrá tener en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la manera en que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en términos de costos (artículo 37(5)).

Centro Internacional de ADR de la CCI

Las partes tienen libertad para resolver su controversia de modo amistoso con anterioridad al arbitraje o en cualquier momento durante el mismo. Cuando lo consideren oportuno, los árbitros pueden recordar a las partes la existencia del Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional. El Reglamento ADR prevé una amplia variedad de procedimientos de solución amistosa de disputas, incluyendo la mediación. Asimismo, la CCI puede ayudar a las partes a buscar un mediador adecuado. El Centro Internacional de ADR de la CCI puede brindarles más información al respecto llamando al +11111111 o visitando www.iccadr.org.

Centro Internacional de Peritaje de la CCI

Cuando se requiera la asistencia de un perito, el Centro Internacional de Peritaje de la CCI puede, previa solicitud, proponer peritos en una amplia variedad de campos especializados.

Este servicio es gratuito para los árbitros. El Centro puede brindarles más información al respecto llamando al +1111111111 o visitando www.iccexpertise.org.

Centro de Audiencias de la CCI

El Centro de Audiencias de la CCI, con sede en París (Francia), ofrece paquetes flexibles y una serie de instalaciones y servicios especializados para la celebración de audiencias y reuniones. Puede encontrarse más información al respecto en nuestro sitio web www.icchearingcentre.org.

Equipo de Conducción de su Procedimiento

Para más información sobre este arbitraje, no dude en ponerse en contacto con:

Christian Albanesi, Consejero (Tel: +33 1 00 00 00 00)

Juliana Castillo, Consejera Adjunta (Tel: +33 1 00 00 00 00)

Ana Serra e Moura, Consejera Adjunta (Tel: +33 1 00 00 00 00)

María Rodríguez, Secretaría (Tel: +33 1 00 00 00 00)

Número de Fax (Tel: +33 1 00 00 00 00)

Dirección de correo electrónico (Email: cia2012@iccwbo.org)

.../...

Si bien mantenemos la más estricta neutralidad, nos ponemos a disposición de las partes para dar respuesta a cualquier pregunta que pudieran tener en relación con la aplicación del Reglamento.

Atentamente,

Christian Albanesi

Consejero

Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Adjuntos:

- Solicitud de Arbitraje junto con los documentos adjuntos a la misma
- Reglamento de Arbitraje de la CCI (*ver también* www.iccarbitration.org)
- Folleto de la Corte Internacional de Arbitraje (*ver también*)

c/c: REGENTA CO.

(Por correo y fax)



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

5 de enero de 2012

250000/CA

REGENTA CO. (Andina) c/ VETUSTA S.A. (Cervantia)

Consejero: Sr. Christian Albanesi

(Tel: +33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Sra. Juliana Castillo

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Srita. Ana Serra e Moura

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

(Fax: + 33 1 00 00 00 00)

(Email: ica24@iccwbo.org)

Fermín de Pas

DEPAS ABOGADOS

Avda. Celedonio, 369

Ciudad de Vegallana, Andina

Por correo electrónico: fdepas@depasabogados.an

VETUSTA S.A

Avda. Bemúdez, 77

Ciudad de Alas, Cervantia

Por mensajería

Estimados Señores:

La Secretaría adjunta una copia de la Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e Independencia, así como el *currículum vitae* de XX XX, quien ha sido designado como coárbitro por la Demandante.

Atentamente,

Ana Serra e Moura

Consejera Adjunta

Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Adjuntos: -Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e
Independencia de XX
- *Currículum Vitae* de XX

c/c: Sr. XX

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

CASO No. 250000/CA

REGLAMENTO 2012
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN, DISPONIBILIDAD, IMPARCIALIDAD E
INDEPENDENCIA

Apellido(s): XX _____ **Nombre(s):** XX _____

Por favor marque las opciones relevantes.

1 – ACEPTACIÓN

☒

Acepto actuar como árbitro bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2012 ("el Reglamento") y de conformidad con éste. Confirmando que estoy familiarizado con el Reglamento. Acepto que mis honorarios y gastos sean fijados exclusivamente por la Corte de la CCI (Artículo 2(4) del Apéndice III del Reglamento).

NO-ACEPTACIÓN

☐

Declino actuar como árbitro en el caso en cuestión

(En este caso, simplemente feche y firme el formulario sin completar las demás secciones).

2 – DISPONIBILIDAD

☒

Confirmando, con base en la información de la cual dispongo en este momento, que puedo dedicar el tiempo necesario para conducir este arbitraje de manera diligente, eficaz y de conformidad con los plazos fijados en el Reglamento, sujeto a cualquier prórroga otorgada por la Corte de conformidad con los Artículos 23(2) y 30 del Reglamento. Entiendo que la conclusión del arbitraje tan pronto como sea razonablemente posible es importante y que la Corte tendrá en cuenta tanto la duración como la conducción del procedimiento al fijar mis honorarios (Artículo 2 (2) del Apéndice III del Reglamento). Mis compromisos profesionales actuales se encuentran detallados a continuación para información de la Corte de la CCI y de las partes.

Actividad Profesional Principal

(Por ejemplo, abogado, árbitro, académico): Abogado _____

Número de casos que tengo pendientes actualmente *(Esto significa arbitrajes y actividades pendientes en estos momentos y no incluye experiencia previa. Usted puede proporcionar cualquier detalle adicional que desee hacer conocer a la Corte de la CCI y las partes al arbitraje con relación a estos asuntos en una hoja aparte):*

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org

Enero 2012

Caso No. 250000/CA

	Como Presidente de Tribunal Arbitral o Árbitro Único	Como Co-árbitro	Como Abogado de una de las Partes
Arbitrajes	1	-	3
Procedimientos Judiciales	<i>No aplica</i>	<i>No aplica</i>	-

Adicionalmente, soy consciente que existen compromisos que pueden impedirme consagrar el tiempo necesario para este arbitraje durante los siguientes períodos:

17 de marzo – 21 de marzo 2012

7 de julio – 11 de julio 2012

3 – INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD *(por favor marque la opción relevante y proporcione información detallada, en hoja separada si es necesario)*

Al decidir qué opción elegir, usted debe tener en cuenta, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 11(2) del Reglamento, si existe alguna relación pasada o presente, directa o indirecta, entre usted y cualquiera de las partes, sus entidades relacionadas, sus abogados u otros representantes, ya sea financiera, profesional o de otra naturaleza. Cualquier duda debe resolverse a favor de la revelación. Toda revelación debe ser completa y específica, detallando, entre otras cosas, las fechas relevantes (fechas de inicio y final), los acuerdos financieros, los detalles de las empresas y de los individuos, y cualquier otra información pertinente.

☒

Nada que revelar: soy imparcial e independiente y tengo la intención de seguir siéndolo. Según mi leal saber y entender, y habiendo efectuado la debida investigación, no existen hechos o circunstancias, pasadas o presentes, que necesiten ser reveladas por ser susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes y ni circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre mi imparcialidad.

Aceptación con revelación: soy imparcial e independiente y tengo la intención de seguir siéndolo. Sin embargo, consciente de mi obligación de revelar cualquier hecho o circunstancia susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes, o que pueden dar lugar a dudas razonables sobre mi imparcialidad, llamo vuestra atención a los hechos o circunstancias abajo señalados y/o en la hoja adjunta.

Fecha: 4 de enero de 2012 _____ Firma: _____

La información proporcionada en este formulario será considerada por la Corte de la CCI y su Secretaría exclusivamente para efectos de su nombramiento o confirmación como árbitro en arbitrajes CCI. La información será confidencial y será almacenada en una base de datos empleada en el manejo de casos. No obstante, dicha información podrá ser revelada solamente a las partes y a sus abogados en el arbitraje de la referencia y sólo para efectos de dicho procedimiento. De conformidad con el Artículo 32, y especialmente, el Artículo 40 de la ley francesa "Informatique et Libertés" del 6 de enero de 1978. Usted puede tener acceso a la información proporcionada y solicitar su rectificación

**Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio
Internacional: Solicitud de Arbitraje
REGENTA CO. v.s. VETUSTA S.A.**

D. Cayetano Ripamilán, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad Vetusta S.A. formula, dentro del plazo conferido a tal fin y de conformidad con el artículo 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE

1. Vetusta S.A., con el nombre comercial Vetusta (en adelante, VETUSTA) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Bermúdez, no. 77, Cervantia. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (33) 986 96 45 33, (33) 986 89 45 34 e info@vetusta.cer.
2. En el presente procedimiento, VETUSTA se encontrará representada por D. Cayetano Ripamilán, con domicilio en Calle Obdulia, no. 111, Cervantia, tel. (33) 986 45 77, fax (33) 986 45 78, correo electrónico c.ripamilan@ripamilanabogados.cer y sus datos de contacto coinciden con los de VETUSTA. Se acredita la representación mediante el **DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 1**.

II. BREVES ALEGACIONES SOBRE LA DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

3. Mi representada, VETUSTA, es una empresa con 25 años de experiencia en el sector de construcción de plantas químicas, industriales y refinerías. Casi medio centenar de proyectos alrededor del mundo la avalan y son prueba de su más que reconocido prestigio internacional.
4. El proyecto que en esta ocasión iba ejecutar en la planificación y construcción de la planta de cemento portland para REGENTA a primera vista no tenía por que suponer ninguna complejidad. Al tiempo de la formalización del contrato de construcción mi representada en ningún momento pudo alcanzar a imaginar las dificultades y las variadas interferencias con las que se iba a topar.
5. Los principales núcleos de problemas se debieron por un lado, a los cambios en el proyecto relativos a los elementos de la cimentación; por otro lado, al descontento de las poblaciones locales por los efectos medio ambientales supuestamente nocivos de la puesta en funcionamiento de una planta de cemento portland para las tierras de cultivo, fuente principal de ingresos en la zona, y supuestamente destructivos para la herencia cultural de la zona y del país.
6. La empresa de ingeniería Quintanar y Asociados no fue seleccionada por acuerdo de las partes, sino propuesto directamente por el Propietario, sin dejar margen para que VETUSTA sugiriera el nombramiento de otra empresa. Mi representada en su buen

hacer, solicitó las pertinentes referencias profesionales tanto de Quintanar y Asociados como de su Director D. Víctor Quintanar, de las cuáles no se inferían razones o indicios para dudar de su experiencia y profesionalidad. Sin embargo, de lo acontecido con posterioridad no se puede sino poner en entredicho su objetividad con ocasión del manifiesto sesgo a la hora de defender desproporcionadamente los intereses de REGENTA.

7. Las obras comenzaron tal y como se habían previsto. Mi representada ordenó el traslado de las materias y maquinaria que necesitaba y contrató a los empleados necesarios para llevar a cabo el proyecto. Todo ello, en el tiempo y forma estipulada por las partes.
8. Como cualquier construcción, ya sea civil o industrial que se precie, se realizó un estudio geotécnico para conocer las características del terreno y así proceder al análisis y dimensionado de los cimientos. Para evitar cualquier clase de imprevisto, no se escatimó ningún gasto, ni recurso en la realización del estudio geotécnico. De entre las técnicas de prospección existentes se emplearon varias para que de su contrastación pudiera obtenerse el resultado más fiable. En este sentido, se realizaron pruebas continuas de penetración y sondeos mecánicos, tomando las muestras entre puntos de reconocimiento a distancias muy cortas, con un número de puntos de reconocimiento superior a los recomendados en relación a las dimensiones de la superficie a reconocer y con profundidad suficiente para alcanzar la cota en el terreno, de tal modo que se pudiera verificar que por debajo no se desarrollaran asientos significativos. Las muestras inalteradas obtenidas a través de esos métodos fueron objeto de ensayos de laboratorio sin escatimar en el número de determinaciones por cada unidad de geotécnica que quedaba afectada por la cimentación.
9. VETUSTA no empleo las técnicas geofísicas por no ser relevantes en el presente caso, mediaba ya además un estudio geotécnico de la zona. La normativa vigente en Andina tampoco así lo exige. De hecho, son las pruebas de penetración y los sondeos mecánicos las técnicas más fiables recomendadas por la normativa. Además, VETUSTA realizó puntos de reconocimiento a distancias más cortas de las establecidas para los suelos tipo S-B.
10. Por más que VETUSTA haya extremado los medios para que los datos que revelaran los estudios geotécnicos fueran lo más fiables, no se puede obviar que sólo una vez iniciada la obra, y, con ella, las excavaciones, puede el Director de la obra, a la vista del terreno excavado, apreciar la validez y la suficiencia de los datos aportados por el estudio geotécnico. No existe técnica alguna que pueda evitar que, en el momento de iniciar las excavaciones, se compruebe que existen discrepancias, y que, como consecuencia de ello, sea necesario adoptar las medidas oportunas para la adecuación de la cimentación a las características reales del terreno, debiéndose entonces modificar el proyecto inicial. Esto fue, exactamente, lo que sucedió en el presente caso: era imprevisible detectar que el suelo presentaba unas características particulares debido a la existencia de aguas subterráneas profundas. Estas características imposibles de prever demandaban una cimentación y estructura soterrada, para evitar movimientos de tierra subterráneos derivados del curso del agua.

11. Al descubrirse las discrepancias, VETUSTA actuó sin demora por el buen fin del proyecto y no vaciló en proponer un nuevo proyecto a la mayor brevedad, ni en adoptar todas las medidas necesarias para que su consecución no implicara demora alguna. VETUSTA no incurrió en ningún incumplimiento contractual, sino que, en todo momento, actuó conforme a lo estipulado. Dado lo acontecido, simplemente acudió al procedimiento de variación previsto en el contrato y estipulado por las partes. En cuanto a los cambios propuestos, éstos resultaban imprescindibles, y, además, redundaban en mejoras respecto del proyecto inicial y en definitiva, en beneficio de la vida útil de la planta. En particular, se consideró imprescindible reorganizar la disposición de los pilotes e incrementar su número en 106; así como alterar la configuración de la cimentación, mediante la incorporación de muros de contención e impermeabilización, y una red que permitiese achicar el agua. Estos cambios suponían por un lado, una modificación profunda del proyecto inicial y con ello, de lo inicialmente previsto, además de una elevación de los costos de la obra, que en ningún caso puede o deben ser asumidos por VETUSTA.
12. Si de algo pudo pecar mi representada es de haber actuado con la mayor celeridad, y, dada su profesionalidad, entender, pues así se desprende de las comunicaciones intercambiadas por las partes, que REGENTA aceptaba los cambios como variación del contrato. Por ese motivo, no pudo sino resultar chocante que VETUSTA se sorprendiera de la reacción de la ahora demandante, cuando mi representada, solicitó el pertinente pago del incremento de los costos. Todo ello obviando que resulta del todo incomprensible que mi representada asuma los costos adicionales que ascienden al 30% de precio total, y, más importante, ni más ni menos, que al 60% de la valoración realizada del coste total de la primera fase de movimiento de tierras, cimentación y estructura y cubierta. Estos costos adicionales e imprevisibles en cualquier caso al formalizar el contrato, son excesivamente onerosos y resulta desorbitado afirmar que mi representada tuviera obligación alguna de sufragarlos.
13. Ante una situación donde algo tan obvio encontraba una oposición tan frontal de la contraparte, mi representada veía agotada la vía de hacer entrar en razón al demandante, por lo que sólo quedaba la posibilidad de recurrir a terceros. Siendo, de acuerdo con el entendimiento de mi representada, un malentendido que podía fácilmente resolverse con una simple aclaración, y sin desear incurrir en los costes de un proceso arbitral, la demandada planteó el problema al Ingeniero; el cual parecía ser el tercero imparcial que podía proporcionar una solución más rápida, autorizando la variación de la obra, y, con ella, el coste adicional. Así se solicitó en fecha 15 de agosto de 2011 (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 2**).
14. Pero si mi representada no se equivocaba en la flexibilidad y celeridad de la decisión, sí lo hizo en cuanto a la imparcialidad del Ingeniero. Con posterioridad a dicha solicitud mi representada ha tenido conocimiento de que el mismo conocía por haber sido el ingeniero civil encargado de la otra planta de cemento portland que posee la demandante. Ello claramente le excluía de adoptar decisiones relevantes para el contrato, como la relativa a si una determinada variación debía, o no, ser aprobada; pero resultaba desconocido para mi representada en ese momento.
15. Como no podía ser de otro modo, la decisión del Ingeniero fue desestimatoria, negando la variación de coste solicitada por mi representada para hacer frente a la obra en las condiciones que consideraba más adecuadas a la nueva situación (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 11**). Ello no resulta tan sorprendente hoy a la

luz de la información disponible, pero resultó sorprendente entonces, y puso la obra en una situación de vía muerta: la demandante no estaba dispuesta a aceptar una obra sin el refuerzo necesario en la cimentación, y mi representada no estaba dispuesta a asumir el desproporcionado incremento de coste resultante de la imprevisible situación del terreno sin que se aprobase un incremento del precio.

16. Ante lo absurdo del resultado, y queriendo terminar su trabajo de la manera más rápida posible, mi representada recurrió a la única posibilidad que le quedaba para desbloquear la situación sin recurrir al arbitraje; esto es, mediante el recurso al denominado Comité para la Adjudicación de Disputas, órgano de naturaleza semi-técnica, encargado de resolver las disputas relativas al contrato entre las partes de forma rápida. Claramente mi representada esperaba que, en ausencia de un claro sesgo como el presentado por el Ingeniero, cualquier persona razonable podría darse cuenta de que resultaba inadecuado y desproporcionado que mi representada asumiera el exceso de coste resultante de un evento imprevisible (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 4**).
17. Así, tras comunicar a la demandante que tenía intención de recurrir al Comité, REGENTA y VETUSTA procedieron a nombrar a cada uno de los dos miembros del Comité seleccionados por las partes. La elección de los miembros se ajusta a lo descrito por la demandante, excepto por el detalle de que el Sr. Ronzal no incluía mención alguna a la existencia de una situación de incompatibilidad o de falta de independencia, expresando sólo referencias vagas a una colaboración ocasional con la firma Rianzares, Pérez y Carraspique, y el conocimiento de algunas personas responsables en REGENTA (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 3**). La misma resultaba de todo punto insuficiente para ser consciente de grave sesgo que podía existir en sus decisiones.

Esta circunstancia fue descubierta unos días después por un empleado de mi representada, el cual, buscando otros datos del Presidente del Comité, comprobó que, en realidad, el Sr. Ronzal, además de catedrático de estructuras en la Universidad de Vegallana, actuaba como consultor para la firma Rianzares, Pérez y Carraspique de manera permanente en materias complejas sobre estructuras (algo que la firma indicaba en su página web), y que, entre otras cosas, había asesorado en el cálculo de estructuras de varios proyectos suscritos con la firma REGENTA. Esto lo convertía automáticamente en inhábil para tomar una decisión imparcial para las partes, y, por tanto, en inhábil para cumplir su función como Presidente. Mi representada así se lo hizo saber durante el desarrollo de la audiencia convocada. Lejos de aceptar la existencia de un problema, disculparse y retirarse del procedimiento, el Sr. Ronzal se encastilló en su posición, ofendido ante la insinuación de falta de independencia, y continuó con el procedimiento. No era difícil prever que el resultado, nuevamente, sería desfavorable para mi representada, y, nuevamente, por motivos ajenos al mérito de sus argumentos de fondo.

18. Lo que no resultaba previsible es que, además de emitir una decisión negativa para mi representada, el Comité se extralimitara en sus funciones. Al mismo le fue claramente sometida la decisión, de carácter técnico, de si, de acuerdo con lo dispuesto en las obligaciones de las partes en cuanto a ejecución y calidad, era necesario y razonable aprobar la variación solicitada por VETUSTA. Nada más, y nada menos. Por ello, resultó verdaderamente sorprendente que, en su decisión, el Comité fuera más lejos del problema planteado, y emitiera un juicio sobre la

existencia de incumplimiento. Todos estos extremos se hicieron constar en la opinión disidente del árbitro Sr. D. Saturnino Bermúdez.

19. Ante semejante falta de garantías, mi representada se aprestó a indicar que la decisión, como había venido indicando, no podía constituir una base lógica desde la cual interpretar las obligaciones de las partes. Ello condujo al intercambio airado de comunicaciones referido en la solicitud de arbitraje, con el matiz de que la existencia de una decisión claramente arbitraria alteraba clarísimamente la posición relativa de las partes. Lejos de parte reticente, mi representada no era más que una sufridora inocente en una situación donde los medios previstos por las partes no garantizaban la igualdad entre ambas ni la integridad de las decisiones.
20. El segundo núcleo de problemas acontecido tuvo sus principales manifestaciones y generó perjuicios a mi representada, al tiempo de presentarse la disputa relativa a la variación del contrato ante el Comité para la Adjudicación de Disputas. Por entonces, las obras para la ejecución del proyecto ya eran más aparentes, lo que encrespó los ánimos de las poblaciones locales por la construcción de la planta de cemento portland. Ciertamente, REGENTA contaba con los pertinentes cédulas y permisos para la ejecución de la obra y la futura puesta en marcha de la planta, así como aunque dudoso, de un informe en principio válido al menos formalmente sobre el impacto medio ambiental de la planta de cemento en la zona. No obstante, las poblaciones limítrofes a la planta estaban altamente descontentas con la construcción de la misma. La zona vivía de la agricultura y veía por el efecto contaminante de la producción de cemento, peligrar el futuro de sus cosechas.

Asimismo, al descontento de las población local que vivía de la agricultura se unieron las reivindicaciones de un grupo algo más exaltado, que alegaba que el nivel de agua subfreática encontrado en el terreno de la obra no era otro que el río subterráneo Enkinu; que Nanga-Maxchac, el dios del Sol en la religión de los Naximali, una de las culturas que se asentaron en esta área geográfica hace cientos de años, recorría en su barca desde el ocaso al amanecer. Según mi representada ha tenido conocimiento con posterioridad, la cultura centenaria de los Naximali es un asunto espinoso en Andina, y representa la reivindicación de las raíces ancestrales del pueblo, olvidadas, según muchos, en la carrera acelerada del país hacia la modernidad. El carácter simbólico de la cultura Naximali ha permitido su uso como arma política, de modo que ninguna autoridad desea ser percibida por el público como “anti-Naximali”. La inadecuada (o inexistente) reacción por parte de REGENTA transformó lo que podría haber quedado en un simple malentendido en un asunto más grave, con la constitución de la agrupación ‘Salvemos Enkinu’, como plataforma para reivindicar la declaración de la zona como santuario y lugar de interés cultural, con la consiguiente prohibición de edificar.

21. Esta parte recibió muestras de tranquilidad por parte de las autoridades que habían concedido el permiso de construcción. No obstante, tales muestras se realizaron en privado, sin venir acompañadas, por los motivos indicados arriba, de un despliegue de efectivos policiales, que habría sido necesario para calmar un ambiente que se había tornado hostil y volátil. En su ausencia, los dos fenómenos (protestas de agricultores y de ‘Salvemos Enkinu’) cristalizaron en una especie de competición para demostrar qué lado era más reivindicativo (o vehemente en sus reivindicaciones). El resultado fue que los trabajadores contratados entre las poblaciones más cercanas a la localización del proyecto, fueron objeto de constantes

intimidaciones por los locales. VETUSTA, para evitar cualquier problema, adoptó medidas de seguridad en el recinto para impedir cualquier escalada en los ya de por sí crispados ánimos y además, aumentó el salario de la mano de obra, para erradicar cualquier descontento de sus empleados. Esta última medida no fue suficiente. Los obreros no dudaron en aprovecharse de la situación para solicitar posteriores incrementos de sueldos bajo amenaza de paralización de las obras. Mi representada en varias ocasiones intentó negociar con los representantes de los trabajadores. Pero sus desorbitadas exigencias desbarataban cualquier intento conciliador. Finalmente, y cumpliendo sus amenazas los empleados se declararon en huelga. En conclusión es falso que la constructora no hubiera dispuesto todas las medidas de seguridad requeridas para esta clase de construcción, como alegan los representantes de los trabajadores para ocultar sus verdaderas intenciones. Además, la huelga de los trabajadores sólo se prolongó durante una semana. La reclamación de mi representada en su mayoritaria parte no se debe a los costos sobrevenidos por la huelga, sino principalmente a las paralizaciones constantes a las que estaba sometida la construcción fruto de los constantes boicots que durante los más de 25 días fueron dirigidas contra las instalaciones por miembros descontentos de las poblaciones limítrofes.

22. Es igualmente falso, que REGENTA no conociera el descontento de las poblaciones limítrofes a la proyectada obra, así como de los problemas que derivados de ese malestar estaban afectando a la ejecución de la obra. REGENTA realizó una campaña de relaciones públicas a través de entrevistas y ruedas para lavar su imagen (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 5**), si bien por insuficiencia o ineptitud de los esfuerzos pareció tener el efecto contrario. El propio ingeniero civil, D. Víctor Quintanar, tenía conocimiento de lo que estaba aconteciendo (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 6**). Debe ser por tanto REGENTA quien asuma el 8 % del incremento del precio por gastos adicionales derivados con ocasión de la paralización de las obras y la huelga de los trabajadores que se prolongaron durante casi un mes.
23. Mi representada no tenía previsto paralizar las obras, pero la situación pasaba de lo absurdo a lo ridículo; sin que existiesen otros mecanismos que el recurso al arbitraje para asegurar una decisión imparcial sobre la cuestión, que no habría hecho otra cosa que dar la razón a mi representada. Pero antes de que VETUSTA pudiese adoptar una decisión en este sentido, recibió la comunicación que colmó el vaso de los despropósitos, donde se indicaba que se iba a hacer uso de la garantía independiente en vista de la negativa de VETUSTA al cumplimiento.
24. Este recurso resultaba totalmente incoherente con la voluntad de REGENTA tendente supuestamente favorable al cumplimiento, y únicamente pretendía utilizarse como mecanismo de presión para forzar a mi representada a claudicar ante una situación que, de irrazonable, se había tornado en kafkiana. Y aquí resultó imposible mantener una posición moderada, pues resulta difícil negociar con quien toma rehenes.
25. Mi representada, pues, se dispuso a adoptar todas las vías legales posibles para paralizar el pago de la garantía. Primero se puso en contacto con D. Robustiano Somoza, apoderado y director del Departamento de Créditos Documentarios y Garantías Independientes, del Área de Transacciones Exteriores del banco Clarín SA, para hacerle partícipe de la situación (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA**

SOLICITUD N° 7). A tal efecto, y sabiendo que la decisión del Comité constaba ya en su poder, le remitió, por un lado, la información relativa tanto al Ingeniero D. Víctor Quintanar, como a la Vocal (D^a Petronila Rianzares) y al Presidente (D. José Ronzal) del Comité, para hacerle partícipe de la situación de falta de independencia e imparcialidad, y, por otro, las solicitudes de pronunciamiento remitidas tanto al Ingeniero como al Comité, para que comprobase la extralimitación en las decisiones. En ambos casos se solicitaba un pronunciamiento sobre si debía o no aprobarse una variación, no a la existencia de un incumplimiento. Todo ello debería haber sido suficiente para paralizar el pago.

Con todo, y debido a un supuesto riesgo reputacional, el banco se mostró reacio a paralizar el pago; y así le fue comunicado a mi representada que, haciendo uso de una supuesta discrecionalidad del banco en la apreciación de las pruebas presentadas (cosa que consideramos ilegal en un caso flagrante como el presente) el banco procedería al pago a pesar de todo (**DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 8**). Por este motivo, mi representada se vio obligada a recurrir a la vía judicial, en concreto a los tribunales que podían proporcionarle una solución más sencilla; esto es, los de su propio país. Y así fue, realizando los mismos una correcta interpretación de la norma aplicable.

III. EL CONVENIO ARBITRAL QUE SE INVOCA

26. La cláusula 53 del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**):

“Toda disputa o controversia entre las partes en relación con este contrato se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por un tribunal constituido por tres miembros; de los cuales cada parte nombrará a uno, y los dos árbitros nombrados por las partes nombrarán, a su vez, al tercer miembro, que actuará como presidente.”

27. La cláusula 53 del contrato de construcción (**DOCUMENTO DE LA SOLICITUD N° 2**):

“El idioma del arbitraje será el español, y la sede será Matrice, Madre Patria. La institución arbitral competente será la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.”

28. Andina y Cervantia han ratificado el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

29. Se solicita el nombramiento de D. YYYY como árbitro bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

IV. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

30. VETUSTA solicita al tribunal arbitral:

- Que, en materia de jurisdicción, se declare competente, tal como ha sido solicitado por la demandante. Sin perjuicio de ello, el tribunal debe declararse incompetente para modificar unilateralmente el contrato o para ordenar medidas de carácter coercitivo tendentes a su cumplimiento.
- Que, en relación con el contrato de construcción, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA no estaba obligada a efectuar las

correcciones a la obra en materia de cimentación, por ser, contrariamente a lo expuesto por la demandante, imprevisibles los problemas encontrados en el subsuelo, y sus efectos.

- Que, en relación con este mismo punto, caso de acoger parcialmente la postura de la demandante, desestime la solicitud en lo relativo a la asunción de costes, y declare que, aun realizando las mencionadas correcciones, VETUSTA no está obligada a asumir el incremento del coste, pues fue aprobada una variación mediante el procedimiento a tal efecto establecido en el contrato.
- Que, en este sentido, desestime la solicitud de demandante, y declare que el Ingeniero y el Comité para la Adjudicación de Disputas se encontraban en una situación de clara falta de independencia e imparcialidad, y que, por ello, es necesario revocar su decisión, y confirmar la variación pactada por las partes.
- Que, en relación con el incremento de costes procedente de la paralización y huelgas de los trabajadores, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA tiene derecho a repercutir el incremento sobre la demandante.
- Que, en relación con la negativa a continuar con las obras, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA no incumplió ninguna de sus obligaciones contractuales, y que, en todo caso, desestime la solicitud de una orden de cumplimiento con variaciones en la obra.
- Que, en relación con el aval bancario a primera demanda, desestime la solicitud de la demandante, y declare que la solicitud de pago de la garantía realizada por REGENTA fue incorrecta, abusiva y sin fundamento, existiendo circunstancias que obligaban al banco a denegar el pago.
- Que desestime la solicitud de la demandante, y, absteniéndose de dictar orden de pago alguna, confirme la orden de suspensión de la ejecución de la garantía dictada por el juzgado de primera instancia de Alas (Cervantia).
- Que desestime la solicitud de la demandante en materia de daños y perjuicios, por no existir la situación de incumplimiento necesaria para tal reclamación.

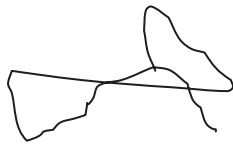
En Cervantia, a 12 de enero de 2012.

Fdo. Cayetano Ripamilán

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 1

D. Álvaro Mesía, en su calidad de Consejero Delegado de VETUSTA S.A. autoriza a D. Cayetano Ripamilán para que asuma la defensa jurídica de VETUSTA S.A. en el procedimiento arbitral iniciado ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por REGENTA CO.

Lo hago constar a todos los efectos oportunos.



D. Álvaro Mesía

Consejero Delegado de VETUSTA S.A..

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 2:

A la atención de D. Víctor Quintanar, de la firma Quintanar y Asociados

Cc. D^a Ana Ozores, REGENTA CO.

D. Álvaro Mesía, en nombre y representación de la sociedad VETUSTA S.A., de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 5.1., y 12.1 a 12.3 de las condiciones del contrato de construcción suscrito por dicha sociedad y la sociedad REGENTA CO.,

SOLICITA

de la firma de ingeniería Quintanar y Asociados, nombrada de común acuerdo por las partes para la solución de las disputas de naturaleza técnica surgidas en relación con el contrato mencionado más arriba, para que adopte una decisión de acuerdo con la cláusula 5.1. de las condiciones del contrato de construcción a la luz de los imprevistos relacionados con el terreno (que se detallan en el Anexo I de la presente solicitud) la aprobación de las mejoras en la cimentación propuestas por VETUSTA S.A. (Anexo II).

Lunes, 15 de agosto de 2011

Fdo. D. Álvaro Mesía

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 3**DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD****D. JOSÉ RONZAL DECLARA:**

1. Que **ACEPTO** actuar como Presidente del Comité de Adjudicación de Disputas, para dirimir la controversia entre REGENTA CO. Y VETUSTA S.A.
2. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para dicha tarea, y acepto la remuneración fijada de común acuerdo por las partes
3. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la resolución de la disputa.
4. En el interés de la absoluta transparencia, deseo hacer constar que mi actividad profesional de consultoría me ha llevado a colaborar en repetidas ocasiones con la firma Rianzares, Páez y Carraspique. Dicha colaboración me ha llevado a conocer personalmente a alguno de los representantes de la firma REGENTA, en un contexto absolutamente ajeno al de la presente controversia. Tales contactos se explican por el carácter reducido del círculo de expertos técnicos de alta cualificación en Andina, y no supone, en mi opinión, impedimento alguno para el correcto e imparcial desempeño de mis labores como miembro del presente Comité.
5. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre la resolución de la controversia.

En Vegallana a 15 de septiembre de 2011

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 4

A la atención del Comité para la Adjudicación de Disputas en el Contrato de Construcción entre REGENTA CO. Y VETUSTA S.A. (en adelante: el Contrato de Construcción), compuesto por D. José Ronzal, Presidente, y Petronila Rianzares y Saturnino Bermúdez, Vocales.

D. Álvaro Mesía, actuando en nombre y representación de la entidad VETUSTA S.A. presente, de conformidad con la cláusula 21.1 del Contrato de Construcción, la siguiente

SUMISIÓN DE DISPUTA AL COMITÉ**I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DE LA DISPUTA**

1. La sociedad VETUSTA CO., con el nombre comercial VETUSTA (en adelante, VETUSTA) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Avda. Bermúdez, no. 77, ciudad de Alas, Cervantia. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (33) 986 96 45 33, (33) 986 89 45 34 e info@vetusta.cer. En la presente controversia, Vetusta se encontrará representada por Cayetano Ripamilán, con los mismos datos de contacto que la representada. Vetusta es una compañía líder en la planificación y construcción de plantas químicas, industriales y refinerías.
2. La presente controversia se suscita frente REGENTA CO., con el nombre comercial Regenta (en adelante, REGENTA), sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Calle. Ripamilán, no. 54, ciudad de Vegallana. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (76) 943 32 85, (76) 943 32 86 e info@regenta.an. REGENTA es una empresa productora de cemento portland para la construcción de cualquier clase de edificación.

II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA DISPUTA

3. La presente disputa se suscita en relación con la comprobación de una estructura del terreno distinta a la esperada por ambas partes, tal como describe el estudio que se adjunta como Anexo I a la presente solicitud.
4. La presencia de dichos problemas en el terreno ha exigido alterar la planificación inicial de las obras de construcción, especialmente en la parte de la cimentación, siendo necesarios cambios en el diseño y refuerzo del mismo. La solución idónea para hacer frente al contratiempo ha sido la diseñada por VETUSTA, según describe el Anexo II a la presente solicitud.
5. La modificación de la planificación necesaria conlleva un incremento en el coste, como detalla la propia propuesta. VETUSTA entiende que el coste adicional de dicha variación debe ser asumido por el propietario; esto es, REGENTA, de acuerdo con las cláusulas 12.1

a 12.3 del contrato suscrito por ambas partes, que se adjunta como Anexo III; o, en todo caso, que VETUSTA no debe continuar la obra sin haber sido aprobados los cambios.

III. SOLICITUD

6. Por todo ello, se solicita del Comité de Adjudicación de Disputas que, sobre la base de los datos técnicos suministrados, se pronuncie sobre **la pertinencia de acordar una variación contractual en los términos contemplados en el contrato.**

Fdo. Álvaro Mesía

Consejero Delegado de VETUSTA S.A.

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 5:

Extracto del periódico “la Audiencia”, de fecha 12 de agosto de 2011.

Encontramos a la entrevistada en la planta baja del café ‘El Indiano’, delante de un zumo de naranja natural, un café sólo con sacarina, y una tostada casi quemada (según confiesa, le gustan así) con poca mermelada. Ha elegido el café porque le gusta la hermosa vista hacia la montaña que se observa desde sus balcones. Se encuentra serena, aunque sus ojeras son algo más pronunciadas, quizás fruto de las últimas protestas de las poblaciones cercanas a Frígilis, como consecuencia de la construcción de una planta de cemento.

- **Paula Raíces:** Señora Ozores, ¿o prefiere que la llamen “Sra. Tierra Quemada”?
- **Ana Ozores** (sonríe levemente): Lo cierto es que no. Me gusta mucho el nombre que me dieron mis padres, y no he quemado ni un metro cuadrado de tierra.
- **PR:** Pues los locales de cerca de su nueva planta de cemento parecen molestos. Dígame, aunque no queme tierra ¿le gusta tener a la gente tan “quemada” como sus tostadas?
- **AO:** En absoluto. Además de no haber quemado tierra, no creo que hayamos hecho nada para ‘quemar’, como usted dice, o tener descontenta a la población.
- **PR:** O sea, que mienten.
- **AO:** Yo no he dicho eso.
- **PR:** Alguien mentirá, digo yo.
- **AO:** No necesariamente. La construcción de una nueva planta genera mucha incertidumbre; la gente está preocupada por su futuro y el de sus hijos; y hay propensión a creerse lo que cuentan los más catastrofistas. Nosotros hemos realizado un gran esfuerzo para asegurar a la población que la nueva planta representa progreso y puestos de trabajo nuevos, no la destrucción de los ya existentes.
- **PR:** ¿Y la contaminación de cultivos?
- **AO:** Mire, nuestros procesos de producción han recibido todos los sellos de calidad imaginables, seguimos al pie de la letra los estándares internacionales más exigentes.
- **PR:** O sea, que va a haber ‘cero contaminación’.
- **AO:** Mire, ‘cero contaminación’ no se lo puede asegurar nadie sensato; pero para hacer tortillas se necesita romper huevos, y para tener progreso necesitamos industria. La demanda de cemento para la construcción está ahí. Podemos producirlo nosotros, o importarlo de productores extranjeros, pero lo segundo no genera puestos de trabajo. Una opción es volver a las cavernas, pero no es mi opción, ni tampoco la de las autoridades locales y regionales que han autorizado el proyecto de construcción.
- **PR:** Dígame algo bueno de los convocantes de las protestas.
- **AO:** Son gente concienciada con su entorno y preocupada por el futuro de sus hijos y de su región. Se pueden decir muchas cosas buenas.
- **PR:** ¿pero...?
- **AO:** Sin “peros”. Creo que, en muchos aspectos estamos de acuerdo y hay que mejorar la comunicación. En otros, espero que poner sobre la mesa las cifras estimadas de empleo, de recaudación de impuestos, podamos convencerles. Las autoridades locales pueden hacer muchas cosas con más ingresos. Insisto, la planta representa progreso.
- **PR:** ¿Para todos? Según parece, ha habido mucho descontento por las políticas de contratación “selectivas”, que dejan fuera a familiares y amigos de personas críticas con el proyecto.
- **AO:** Mire. Eso no es así. Puede que haya habido descontento y fricciones, pero eso lo que refleja es que mucha gente local quiere trabajar fuera del campo; ahora, en la construcción de la planta, y, en el futuro, en la operación de la planta. Es un motivo de optimismo, no de pesimismo.
- **PR:** ¿Para todos? Algunos sectores que reivindican la protección del sitio como lugar de interés cultural y religioso no parecen optimistas ni satisfechos con la construcción de la planta.
- **AO:** Aquí hay que distinguir. En todo cambio hay sectores razonablemente preocupados por un futuro incierto, y otros exaltados con demasiado tiempo libre. Una cosa son los miembros de

la comunidad preocupados por su sustento y sus puestos de trabajo, y otra muy distinta son los iluminados, fanáticos religiosos, y papanatas descerebrados. Con unos hay que sentarse a dialogar; con los otros sólo cabe la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

- **PR:** ¿Conoce las reivindicaciones de los diferentes grupos?

- **AO:** No. No tenemos presencia directa en la obra. De todos modos, en relación con los últimos, tampoco tengo intención de conocerlas.

- **PR:** ¿Teme que el daño a la imagen le genere una “prima de riesgo”, que quienes trabajen con, o para ustedes reclamen más por la impopularidad del proyecto?

- **AO:** Perdone, pero yo creo que eso es absurdo. Los contratos se firman, y, cuando sube el coste, se negocia. Pero no tenemos que pagar más por ese ‘riesgo reputacional’, como usted lo llama.

- **PR:** Muchas gracias, señora Ozores

- **AO:** A su disposición.

Documento de respuesta a la solicitud nº 6:

Fecha: 05. 09. 2011 11:46:35

A: Victor Quintanar <v.quintanar@ingenierosconsultores.an>

De: Álvaro Mesía <amesia@vetusta.cer>

Asunto: Paralización de las obras y boicots

Estimad Victor Quintanar:

Te escribo el presente mensaje debido a los últimos sucesos acontecidos en el desarrollo de la obra. Como sabes, hemos hecho todo lo posible por aplacar los ánimos de la población local, pero ha llegado un momento en el que resulta imposible. La línea dura parece imponerse en los últimos días, y muchos quieren que, directamente, paralicemos los trabajos, empaquetemos nuestras cosas, y nos marchemos a casa.

Como comprenderás, después de las últimas desavenencias con Ana Ozores, que no se han visto paliadas por tu intervención, sino todo lo contrario, no nos faltan ganas de hacerles caso; pero creemos que sería absurdo. No obstante, necesitamos más flexibilidad por vuestra parte (y por 'vuestra' me refiero tanto a Ana Ozores como a ti) de lo que habéis demostrado hasta ahora.

Lo único que ha funcionado para desactivar el problema en el pasado es ofrecer un aumento salarial a los trabajadores. Eso les compensa el riesgo de acudir a la obra, y les ayuda a imponerse a sus vecinos y evitar los boicots. El problema es que, tomada esa medida, es difícil convencerles de que no se les va a pagar aún más. Como resultado de unas exigencias desorbitadas (extorsión, diría yo) hemos tenido que paralizar las obras.

Con esto quiero transmitirlos que estamos haciendo todo lo posible para solucionar el problema y ahorraros coste, pero, comprenderás, éste ha aumentado, como resultado de los boicots y paralizaciones, y tendréis que hacer frente al mismo. Esperamos que, de una vez, entendáis que nadie quiere imprevistos, pero, a veces, suceden, y lo máximo que podemos hacer es procurar que nos afecten lo menos posible

Te remito este mensaje porque estás en mejor posición para comprobar 'a pie de obra' que lo que decimos no admite otra interpretación. Te ruego que lo remitas a Ana Ozores y trates de convencerla de que sea razonable. Ya que actúas como su agente espero que le hagas entender que lo que proponemos es lo mejor para sus intereses.

Un saludo

Álvaro Mesía

Consejero Delegado de VETUSTA S.A.

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 7:

VETUSTA CO.
Avda. Bermúdez, no. 77
Alas, Cervantia.
Tel (98) 986 96 45 33,
Fax (98) 986 89 45 34

info@vetusta.cer.
Sr. D. Robustiano Somoza,
Banco Clarín, SA
Calle Rudesinda 48
Alas, Cervantia

Viernes, 18 de noviembre de 2011

Estimado Sr. Somoza.

Me pongo en contacto con usted con el objetivo de poner en su conocimiento información crucial en relación con el pago de la Garantía Independiente 486/2011, abierta a solicitud de la sociedad VETUSTA S.A., y teniendo como beneficiaria a la sociedad REGENTA CO.

El documento de apertura de dicha Garantía exigía para su pago la presentación, por parte de la beneficiaria, de una solicitud de pago, acompañada de un documento que atestiguase el incumplimiento de mi representada; bien una certificación del Ingeniero, D. Víctor Quintanar, bien una decisión del Comité para la Adjudicación de Disputas. Que la sociedad a la que represento no ha cometido ningún incumplimiento es obvio, pero entiendo que son cuestiones subyacentes que no deben afectar al juicio del banco. Si son, por el contrario, relevantes, los siguientes elementos, que reflejan el carácter abusivo y la absoluta carencia de base de la reclamación de pago. En primer lugar, D. Víctor Quintanar se encuentra en una clarísima situación de conflicto de interés, como se deduce de la información facilitada como Anexo I de la presente comunicación, que atestigua que el mismo ha actuado como consultor de la beneficiaria de la garantía en el pasado, algo que pone en entredicho su juicio independiente. En segundo lugar, D^a Petronila Rianzares y D. José Ronzal, respectivamente componente y Presidente del Comité para la Adjudicación de Disputas, antes mencionado, trabajan ambos para la firma Rianzares, Páez y Carraspique, asesora de la beneficiaria de la garantía, como reflejan los documentos que se adjuntan como Anexo II; lo cual compromete absolutamente su juicio imparcial.

En tercer lugar, ambos, Ingeniero y Comité, como resultado de su arbitrariedad, o por simple desconocimiento, se extralimitaron en sus funciones. Como reflejan, respectivamente, los Anexos III y IV, que recogen las comunicaciones por las que se sometió la controversia a la consideración de cada uno, ambas estaban formuladas en términos muy concretos, solicitándose un pronunciamiento sobre si se daban las circunstancias contempladas en las condiciones del contrato para aprobar una variación del proyecto, con el consiguiente incremento de coste y precio. En ningún caso se sometió a la consideración de Ingeniero o Comité la decisión de si había tenido lugar un incumplimiento del contrato.

Por todo ello, solicitamos que, ante la ausencia de base y carácter abusivo de la solicitud, se suspenda el pago de la garantía solicitado; y se deniegue por falta de base, de acuerdo con la legislación vigente. Cualquier duda o consulta, quedamos a su disposición.

Reciba un cordial saludo,

D. Álvaro Mesía
Consejero Delegado de VETUSTA S.A.

DOCUMENTO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 8

Banco Clarín, SA
Calle Rudesinda 48
Alas, Cervantia
Tel (98) 458 52 74,
Fax (98) 458 52 75
office@bancoclarin.cer.

21 de noviembre de 2011

Sr. D Álvaro Mesía
Vetusta SA.
Calle Ripamilán, no. 54
Alas, Cervantia

Estimado Sr. Mesía.

Acusamos recibo de la documentación que nos ha hecho llegar, relativa a la Garantía a Primera Demanda 486/2011, y, según ustedes, justificativa de un supuesto ejercicio abusivo por el beneficiario de su derecho a ejecutar la garantía.

Ciertamente la información remitida se presenta extremadamente problemática desde el punto de vista de la relación sostenida entre Regenta Co. y Vetusta SA bajo el contrato de construcción suscrito por ambas partes. Es posible que existiesen problemas en dicha relación, y no es posible realizar juicio alguno sobre la existencia, o no, de incumplimiento por parte de Vetusta SA.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la Garantía suscrita es, ante todo, *Independiente* de la relación subyacente que pretenda garantizar. En este sentido, sólo en casos excepcionales puede limitarse la obligación de una entidad financiera de hacer frente al pago de la misma. Asimismo, debe comprender que una entidad como ésta no sólo se enfrenta al riesgo legal de una reclamación por parte del beneficiario, sino al riesgo reputacional de ser percibido en el mercado como una compañía que no hace frente de manera pronta al pago que se le solicita. Ello resulta mucho más grave que una sentencia condenatoria.

Por ello, tanto la ley, como las condiciones, como el sentido común reservan siempre un margen de discrecionalidad a la entidad, que puede así decidir si suspender el pago, o proceder a su ejecución. En este caso, la complejidad del problema que ustedes nos plantean escapa, entendemos, a nuestra capacidad de análisis; se encuentra demasiado implicada en la relación subyacente; y no se trata de un problema en el que podamos, debamos, o queramos entrar. Lamentándolo extremadamente, en la medida en que su compañía representa un cliente apreciado, debemos responder que, aunque agradecemos la información remitida, la credibilidad de la entidad es lo primero, y, por ello, procederemos al pago de la garantía. Quedamos, por lo demás, a su disposición para cualquier otro particular.

Reciban un cordial saludo.

Robustiano Somoza
Banco Clarín SA



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

14 de enero de 2012

250000/CA

REGENTA CO. (Andina) c/ VETUSTA S.A. (Cervantia)

Consejero: Sr. Christian Albanesi

(Tel: +33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Sra. Juliana Castillo

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Srita. Ana Serra e Moura

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

(Fax: + 33 1 00 00 00 00)

(Email: ica24@iccwbo.org)

Por REGENTA CO.

D. Fermín de Pas

Avda. Celedonio, 369

Ciudad de Vegallana, Andina

Por correo electrónico: fdepas@depasabogados.an

Por VETUSTA S.A

D. Cayetano Ripamilán,

Calle Obdulia, no. 111,

Ciudad de Alas, Cervantia

Por correo electrónico: c.ripamilan@ripamilanabogados.cer

Estimados Señores:

La Secretaría adjunta una copia de la Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e Independencia, así como el *currículum vitae* de YY YY quien ha sido designado como coárbitro por la Demandada.

Atentamente,

Juliana Castillo

Consejera Adjunta

Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Adjuntos: -Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e

Independencia de XX

- *Curriculum Vitae* de XX

c/c: Sr. YY

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

CASO No. 250000/CA

REGLAMENTO 2012
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN, DISPONIBILIDAD, IMPARCIALIDAD E
INDEPENDENCIA

Apellido(s): YY _____ **Nombre(s):** YY _____

Por favor marque las opciones relevantes.

1 – ACEPTACIÓN

☒

Acepto actuar como árbitro bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2012 ("el Reglamento") y de conformidad con éste. Confirmando que estoy familiarizado con el Reglamento. Acepto que mis honorarios y gastos sean fijados exclusivamente por la Corte de la CCI (Artículo 2(4) del Apéndice III del Reglamento).

NO-ACEPTACIÓN

☐

Declino actuar como árbitro en el caso en cuestión

(En este caso, simplemente feche y firme el formulario sin completar las demás secciones).

2 – DISPONIBILIDAD

☒

Confirmando, con base en la información de la cual dispongo en este momento, que puedo dedicar el tiempo necesario para conducir este arbitraje de manera diligente, eficaz y de conformidad con los plazos fijados en el Reglamento, sujeto a cualquier prórroga otorgada por la Corte de conformidad con los Artículos 23(2) y 30 del Reglamento. Entiendo que la conclusión del arbitraje tan pronto como sea razonablemente posible es importante y que la Corte tendrá en cuenta tanto la duración como la conducción del procedimiento al fijar mis honorarios (Artículo 2 (2) del Apéndice III del Reglamento). Mis compromisos profesionales actuales se encuentran detallados a continuación para información de la Corte de la CCI y de las partes.

Actividad Profesional Principal

(Por ejemplo, abogado, árbitro, académico): Abogado _____

Número de casos que tengo pendientes actualmente *(Esto significa arbitrajes y actividades pendientes en estos momentos y no incluye experiencia previa. Usted puede proporcionar cualquier detalle adicional que desee hacer conocer a la Corte de la CCI y las partes al arbitraje con relación a estos asuntos en una hoja aparte):*

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org

Enero 2012

Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e Independencia

Caso No. 250000/CA

	Como Presidente de Tribunal Arbitral o Árbitro Único	Como Co-árbitro	Como Abogado de una de las Partes
Arbitrajes	1	6	2
Procedimientos Judiciales	<i>No aplica</i>	<i>No aplica</i>	-

Adicionalmente, soy consciente que existen compromisos que pueden impedirme consagrar el tiempo necesario para este arbitraje durante los siguientes períodos:

1 de abril – 15 de abril 2012

3 – INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD *(por favor marque la opción relevante y proporcione información detallada, en hoja separada si es necesario)*

Al decidir qué opción elegir, usted debe tener en cuenta, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 11(2) del Reglamento, si existe alguna relación pasada o presente, directa o indirecta, entre usted y cualquiera de las partes, sus entidades relacionadas, sus abogados u otros representantes, ya sea financiera, profesional o de otra naturaleza. Cualquier duda debe resolverse a favor de la revelación. Toda revelación debe ser completa y específica, detallando, entre otras cosas, las fechas relevantes (fechas de inicio y final), los acuerdos financieros, los detalles de las empresas y de los individuos, y cualquier otra información pertinente.

☒ **Nada que revelar:** soy imparcial e independiente y tengo la intención de seguir siéndolo. Según mi leal saber y entender, y habiendo efectuado la debida investigación, no existen hechos o circunstancias, pasadas o presentes, que necesiten ser reveladas por ser susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes y ni circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre mi imparcialidad.

Aceptación con revelación: soy imparcial e independiente y tengo la intención de seguir siéndolo. Sin embargo, consciente de mi obligación de revelar cualquier hecho o circunstancia susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes, o que pueden dar lugar a dudas razonables sobre mi imparcialidad, llamo vuestra atención a los hechos o circunstancias abajo señalados y/o en la hoja adjunta.

Fecha: 13 de enero de 2012 _____ Firma: _____

La información proporcionada en este formulario será considerada por la Corte de la CCI y su Secretaría exclusivamente para efectos de su nombramiento o confirmación como árbitro en arbitrajes CCI. La información será confidencial y será almacenada en una base de datos empleada en el manejo de casos. No obstante, dicha información podrá ser revelada solamente a las partes y a sus abogados en el arbitraje de la referencia y sólo para efectos de dicho procedimiento. De conformidad con el Artículo 32, y especialmente, el Artículo 40 de la ley francesa "Informatique et Libertés" del 6 de enero de 1978, Usted puede tener acceso a la información proporcionada y solicitar su rectificación escribiendo a la Secretaría de la Corte.



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

16 de enero de 2012

250000/CA

REGENTA CO. (Andina) c/ VETUSTA S.A. (Cervantia)

Consejero: Sr. Christian Albanesi

(Tel: +33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Sra. Juliana Castillo

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

Consejera Adjunta: Srita. Ana Serra e Moura

(Tel: + 33 1 00 00 00 00)

(Fax: + 33 1 00 00 00 00)

(Email: ica24@iccwbo.org)

ZZ ZZ

Dirección Postal

Ciudad de Matrice, Matrice

Por correo electrónico

XX XX

Dirección Postal

Ciudad de Vegallana, Andina

Por correo electrónico

YY YY

Dirección Postal

Ciudad de Alas, Cervantia

Por correo electrónico

Fermín de Pas

DEPAS ABOGADOS

Avda. Celedonio, 369

Ciudad de Vegallana, Andina

Por correo electrónico: fdepas@depasabogados.an

Cayetano Ripamilán

RIPAMILAN ABOGADOS

Calle Obdulia, 111

Ciudad de Alas, Cervantia

Por correo electrónico: c.ripamilan@ripamilanabogados.cer

Estimados Señores:

En su sesión del 16 de enero de 2012, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI confirmó a ZZ ZZ como Presidente del Tribunal Arbitral, tras la designación conjunta de los coárbitros (artículo 13(1))

.../...

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org

La Secretaría procede a hacer entrega al Tribunal Arbitral del expediente en el arbitraje de la referencia (artículo 16).

Conducción eficiente del arbitraje

Les recordamos que el Tribunal Arbitral y las partes deben hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en términos de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia (artículo 22(1)). Llamamos su atención sobre el Apéndice IV del Reglamento donde se sugieren técnicas para la conducción del caso.

Adjuntamos una Nota sobre la Conducción del Arbitraje que establece los plazos conforme al Reglamento que Ustedes deben observar e incluye información relevante sobre la conducción del proceso.

Información financiera

Adjuntamos una Tabla Financiera.

Comunicaciones

A partir de ahora, las partes deben dirigir su correspondencia directamente al Tribunal Arbitral y enviar copias de su correspondencia a la otra parte y a nosotros. Les rogamos proporcionarnos copias de toda la correspondencia mantenida con las partes.

Atentamente,

Christian Albanesi

Consejero

Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Adjuntos:

- Lista de Documentos y documentos mencionados en la misma
- Información del Caso
- Tabla Financiera
- Nota dirigida al Tribunal Arbitral sobre la conducción del arbitraje



International Chamber of Commerce

The world business organization

International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage

CASO No. 250000/CA

REGLAMENTO 2012
DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN, DISPONIBILIDAD, IMPARCIALIDAD E
INDEPENDENCIA

Apellido(s): ZZ _____ **Nombre(s):** ZZ _____

Por favor marque las opciones relevantes.

1 – ACEPTACIÓN

☒

Acepto actuar como árbitro bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2012 ("el Reglamento") y de conformidad con éste. Confirmando que estoy familiarizado con el Reglamento. Acepto que mis honorarios y gastos sean fijados exclusivamente por la Corte de la CCI (Artículo 2(4) del Apéndice III del Reglamento).

NO-ACEPTACIÓN

☐

Declino actuar como árbitro en el caso en cuestión

(En este caso, simplemente feche y firme el formulario sin completar las demás secciones).

2 – DISPONIBILIDAD

☒

Confirmando, con base en la información de la cual dispongo en este momento, que puedo dedicar el tiempo necesario para conducir este arbitraje de manera diligente, eficaz y de conformidad con los plazos fijados en el Reglamento, sujeto a cualquier prórroga otorgada por la Corte de conformidad con los Artículos 23(2) y 30 del Reglamento. Entiendo que la conclusión del arbitraje tan pronto como sea razonablemente posible es importante y que la Corte tendrá en cuenta tanto la duración como la conducción del procedimiento al fijar mis honorarios (Artículo 2 (2) del Apéndice III del Reglamento). Mis compromisos profesionales actuales se encuentran detallados a continuación para información de la Corte de la CCI y de las partes.

Actividad Profesional Principal

(Por ejemplo, abogado, árbitro, académico): Abogado _____

Número de casos que tengo pendientes actualmente *(Esto significa arbitrajes y actividades pendientes en estos momentos y no incluye experiencia previa. Usted puede proporcionar cualquier detalle adicional que desee hacer conocer a la Corte de la CCI y las partes al arbitraje con relación a estos asuntos en una hoja aparte):*

ICC International Court of Arbitration • Cour internationale d'arbitrage de la CCI

38 Cours Albert 1er, 75008 Paris, France

Tel +33 (0)1 49 53 28 28 Faxes +33 (0)1 49 53 29 29 / +33 (0)1 49 53 29 33

E-mail arb@iccwbo.org Website www.iccarbitration.org

Enero 2012

Declaración de Aceptación, Disponibilidad, Imparcialidad e Independencia

Caso No. 250000/CA

	Como Presidente de Tribunal Arbitral o Árbitro Único	Como Co-árbitro	Como Abogado de una de las Partes
Arbitrajes	3	1	-
Procedimientos Judiciales	<i>No aplica</i>	<i>No aplica</i>	-

Adicionalmente, soy consciente que existen compromisos que pueden impedirme consagrar el tiempo necesario para este arbitraje durante los siguientes períodos:

10 de febrero – 15 de febrero 2012

2 de marzo – 9 de marzo 2012

5 de agosto – 11 de agosto 2012

3 – INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD (por favor marque la opción relevante y proporcione información detallada, en hoja separada si es necesario)

Al decidir qué opción elegir, usted debe tener en cuenta, al tenor de lo dispuesto en el Artículo 11(2) del Reglamento, si existe alguna relación pasada o presente, directa o indirecta, entre usted y cualquiera de las partes, sus entidades relacionadas, sus abogados u otros representantes, ya sea financiera, profesional o de otra naturaleza. Cualquier duda debe resolverse a favor de la revelación. Toda revelación debe ser completa y específica, detallando, entre otras cosas, las fechas relevantes (fechas de inicio y final), los acuerdos financieros, los detalles de las empresas y de los individuos, y cualquier otra información pertinente.

☒ **Nada que revelar:** soy imparcial e independiente y tengo la intención de seguir siéndolo. Según mi leal saber y entender, y habiendo efectuado la debida investigación, no existen hechos o circunstancias, pasadas o presentes, que necesiten ser reveladas por ser susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes y ni circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre mi imparcialidad.

Aceptación con revelación: soy imparcial e independiente y tengo la intención de seguir siéndolo. Sin embargo, consciente de mi obligación de revelar cualquier hecho o circunstancia susceptibles de poner en duda mi independencia desde el punto de vista de cada una de las partes, o que pueden dar lugar a dudas razonables sobre mi imparcialidad, llamo vuestra atención a los hechos o circunstancias abajo señalados y/o en la hoja adjunta.

Fecha: 15 de enero de 2012 _____ Firma: _____

La información proporcionada en este formulario será considerada por la Corte de la CCI y su Secretaría exclusivamente para efectos de su nombramiento o confirmación como árbitro en arbitrajes CCI. La información será confidencial y será almacenada en una base de datos empleada en el manejo de casos. No obstante, dicha información podrá ser revelada solamente a las partes y a sus abogados en el arbitraje de la referencia y sólo para efectos de dicho procedimiento. De conformidad con el Artículo 32, y especialmente, el Artículo 40 de la ley francesa "Informatique et Libertés" del 6 de enero de 1978, Usted puede tener acceso a la información proporcionada y solicitar su rectificación escribiendo a la Secretaría de la Corte.

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**ACTA DE MISIÓN**

Caso No. 250000/CA

I. PARTES Y SUS REPRESENTANTES**Demandante:** **REGENTA CO.** (en adelante, REGENTA)

Fermín de Pas
DEPAS ABOGADOS
Avda. Celedonio, 369
Ciudad de Vegallana, Andina
Por correo electrónico: fdepas@depasabogados.an

Demandada: **VETUSTA S.A.** (en adelante, VETUSTA)

Cayetano Ripamilán
RIPAMILAN ABOGADOS
Calle Obdulia, 111
Ciudad de Alas, Cervantia
Por correo electrónico: c.ripamilan@ripamilanabogados.cer

II. ÁRBITROS

ZZ ZZ Dirección Postal
Ciudad de Matrice, Matrice
Por correo electrónico: zzzz@zzz.zzz

XX XX Dirección Postal
Ciudad de Vegallana, Andina
Por correo electrónico: xxxx@xxx.xx

YY YY Dirección Postal
Ciudad de Alas, Cervantía
Por correo electrónico: yyyy@yyyy.yy

III. ACUERDO DE ARBITRAJE

El convenio arbitral que se invoca conforme a la cláusula 53 del contrato de construcción:

“Toda disputa o controversia entre las partes en relación con este contrato se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por un tribunal constituido por tres miembros; de los cuales cada parte nombrará a uno, y los dos árbitros nombrados por las partes nombrarán, a su vez, al tercer miembro, que actuará como presidente.

El idioma del arbitraje será el español, y la sede será Matrice, Madre Patria. La institución arbitral competente será la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.”

IV. PRETENSIONES DE LAS PARTES

1. REGENTA solicita al tribunal arbitral:

- Que declare que posee jurisdicción para conocer de la controversia de REGENTA con VETUSTA.
- Que declare que al contrato suscrito por las partes le resultan aplicables la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales (2010), y, a la garantía independiente, la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995.
- Que declare que, conforme al contrato de construcción, VETUSTA está obligada a efectuar las necesarias correcciones a la obra consistentes en el refuerzo de la cimentación mediante pilotes adicionales, muros de contención e impermeabilización y red de achique a su propio coste, por ser previsibles los efectos de los problemas encontrados en el subsuelo sin que REGENTA deba abonar sobreprecio alguno por ello.
- Que declare que, de acuerdo con el contrato de construcción, VETUSTA no tiene derecho a obtener un sobreprecio que cubra los costes adicionales derivados de paralizaciones o huelgas de sus trabajadores.
- Que declare que VETUSTA incumplió sus obligaciones contractuales al negarse a continuar la obra.
- Que condene a VETUSTA a continuar con la obra conforme a lo pactado en el contrato de construcción, y a realizar a su costa, los ajustes necesarios para adaptarla a la nueva situación.
- Que declare que tanto el Ingeniero como el Comité para la Adjudicación de Disputas actuaron correctamente en la resolución de las controversias surgidas entre las partes.
- Que, como resultado de lo anterior, la solicitud de pago de la garantía realizada por REGENTA fue correcta, y no existió en ningún momento circunstancia alguna que permitiese negar el pago.
- Que ordene el levantamiento de la orden cautelar del tribunal de primera instancia de Alas (Cervantia), o, en su defecto, dicte una medida cautelar

consistente en una orden de pago ejecutable ante los tribunales de Vegallana (Andina).

- Que, como resultado de los retrasos incurridos y la privación de fondos a mi representada, condene a VETUSTA al pago de los daños y perjuicios que se probarán y cuantificarán en el momento oportuno, y que a efectos de dar cumplimiento a lo estipulado en las Reglas de Arbitraje de la CCI se cuantifican de forma estimativa y provisional en 10 millones de euros.

2. VETUSTA solicita al tribunal arbitral:

- Que, en materia de jurisdicción, se declare competente, tal como ha sido solicitado por la demandante. Sin perjuicio de ello, el tribunal debe declararse incompetente para modificar unilateralmente el contrato o para ordenar medidas de carácter coercitivo tendentes a su cumplimiento.
- Que, en relación con el contrato de construcción, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA no estaba obligada a efectuar las correcciones a la obra en materia de cimentación, por ser, contrariamente a lo expuesto por la demandante, imprevisibles los problemas encontrados en el subsuelo, y sus efectos.
- Que, en relación con este mismo punto, caso de acoger parcialmente la postura de la demandante, desestime la solicitud en lo relativo a la asunción de costes, y declare que, aun realizando las mencionadas correcciones, VETUSTA no está obligada a asumir el incremento del coste, pues fue aprobada una variación mediante el procedimiento a tal efecto establecido en el contrato.
- Que, en este sentido, desestime la solicitud de demandante, y declare que el Ingeniero y el Comité para la Adjudicación de Disputas se encontraban en una situación de clara falta de independencia e imparcialidad, y que, por ello, es necesario revocar su decisión, y confirmar la variación pactada por las partes.
- Que, en relación con el incremento de costes procedente de la paralización y huelgas de los trabajadores, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA tiene derecho a repercutir el incremento sobre la demandante.
- Que, en relación con la negativa a continuar con las obras, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA no incumplió ninguna de sus obligaciones contractuales, y que, en todo caso, desestime la solicitud de una orden de cumplimiento con variaciones en la obra.
- Que, en relación con el aval bancario a primera demanda, desestime la solicitud de la demandante, y declare que la solicitud de pago de la garantía realizada por REGENTA fue incorrecta, abusiva y sin fundamento, existiendo circunstancias que obligaban al banco a denegar el pago.
- Que desestime la solicitud de la demandante, y, absteniéndose de dictar orden de pago alguna, confirme la orden de suspensión de la ejecución de la garantía dictada por el juzgado de primera instancia de Alas (Cervantia).

- Que desestime la solicitud de la demandante en materia de daños y perjuicios, por no existir la situación de incumplimiento necesaria para tal reclamación.

V. DERECHO APLICABLE

Las partes no han expresado acuerdo sobre el Derecho aplicable al contrato de construcción.

Andina y Cervantia son parte de la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995.

La Ley de arbitraje de Madre Patria corresponde a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional con las enmiendas aprobadas en 2006.

Cervantia, Andina y Madre Patria ha ratificado el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

VI. PUNTOS LITIGIOSOS POR RESOLVER

La parte demandante y demandada deberán limitarse, tanto en sus escritos de demanda y contestación como en la vista oral, a discutir los asuntos siguientes:

- Si las modificaciones del proyecto de cimentación suponía una variación del contrato acordado por las partes o por el contrario, si dichas modificaciones forman parte de las obligaciones asumidas por la demanda de acuerdo con lo estipulado en el contrato.
- Si la demandada tiene derecho al 30 % del incremento del precio total a razón del replanteamiento del proyecto de cimentación o si por el contrario, no tiene derecho a dicho incremento, así como tampoco al reembolso de cualquier gasto generado con ocasión de dicho replanteamiento.
- Si el Tribunal Arbitral es competente para modificar unilateralmente el contrato, de considerar que las partes no acordaron la variación del contrato, y a ordenar su cumplimiento en cualquiera de los casos.
- Si la demandada incumplió el contrato de construcción suscrito entre las partes y si procede la condena de la demandada a continuar la obra, con los ajustes necesarios para adaptarla a la nueva situación.
- Si el Ingeniero y el Comité para la Adjudicación de Disputas actuaron correctamente o por el contrario, existen razones para considerar que, desde su nombramiento, así como durante el ejercicio de sus funciones no actuaron conforme a los requisitos fundamentales de independencia e imparcialidad.
- Si la demandada tiene derecho a ser resarcida por los daños o perjuicios ocasionados por las paralizaciones o huelgas de trabajadores o por el contrario, dichos daños o perjuicios caen dentro de la esfera de riesgos que debe asumir la demandada
- Si procedía la solicitud de pago de la garantía a primera demanda suscrita por las partes o por el contrario, carecía de fundamento legal y mediaba razones para oponer una excepción a dicha solicitud.
- Si la demandante tiene derecho a ser resarcida por los daños y perjuicios derivados de los retrasos incurridos, así como por la privación de los fondos.

VII. CALENDARIO

1. La parte demandante como la parte demandada podrán solicitar aclaraciones sobre los hechos del caso hasta el 16 de enero de 2012. Una vez presentadas las solicitudes de aclaraciones, el Tribunal Arbitral emitirá la Orden Procesal nº 2, en la cual figurarán las respuestas a las solicitudes de aclaración que resulten pertinentes para la resolución de la controversia.

2. La parte demandante deberá presentar su escrito de demanda en fecha no posterior al 2 de marzo de 2012.

3. La parte demandada deberá presentar su escrito de contestación a la demanda en fecha no posterior al 9 de abril de 2012.

4. Una vez entregados los escritos de demanda y contestación a la demanda las partes quedarán emplazadas para las sesiones de vista oral, que tendrán lugar en Matrice, durante los días 28 de mayo a 1 de junio de 2012.

5. Correo electrónico válido a efectos de las comunicaciones será: mootmadrid@uc3m.es.

VIII. IDIOMA Y SEDE DEL ARBITRAJE

El idioma del arbitraje es el español y el lugar del arbitraje en Matrice.

REGENTA CO.

VETUSTA SA.

ÁRBITROS:

XXXX
(Árbitro nombrado por
Regenta)

ZZZZ
(Presidente nombrado por la
CCI)

YYYY
(Árbitro nombrado por Vetusta)

ORDEN PROCESAL N° 2

Caso No. 250000/CA bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

Demandante: REGENTA CO.
D. Fermín de Pas
DEPAS ABOGADOS
Avda. Celedonio, 369
Ciudad de Vegallana, Andina
fdepas@depasabogados.an

Demandado: VETUSTA SA.
D. Cayetano Ripamilán,
RIPAMILAN ABOGADOS
Calle Obdulia, no. 111,
Ciudad de Alas, Cervantia
c.ripamilan@ripamilanabogados.cer

Matrice, 23 de enero 2012

De acuerdo con las instrucciones contenidas en el Acta de Misión, el tribunal arbitral tras recibir las solicitudes de aclaración presentadas por las partes emite la presente Orden Procesal n° 2:

A. CORRECCIÓN DE ERRATAS:

- La referencia a “50 millones” contenida en el párrafo 31 pág. 10 documento “Solicitud de Arbitraje” deberá indicar “40 millones”.

B. ACLARACIONES

a. Derecho aplicable

1.- ¿Debe entenderse aplicable el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, en vigor desde enero de 2012, o la versión anterior?

R.- Resulta aplicable la última versión del Reglamento CCI, en vigor desde enero de 2012.

NOTA: Para poder aplicar el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, la fecha de la solicitud de arbitraje no podía ser en ningún caso anterior al 1 enero de 2012. A fin de cuadrar esa fecha con las fechas del calendario de esta IV Edición del MOOTmadrid 2012, las Cartas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la Respuesta de Solicitud, la posterior Carta de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el Acta de Misión y el presente documento, la Orden Procesal n° 2, discurren (se emiten y circulan) en un tiempo mucho más breve de lo que ocurriría en la realidad. Esta circunstancia se

justifica por la necesidad de hacer coincidir la fecha de emisión de la orden procesal n°2 con la fecha de publicación del caso con las aclaraciones, el 23 de enero (de acuerdo con el calendario de esta IV edición) y en suma, pues que los restantes acontecimientos de la competición discurrieran según el calendario de esta edición.

2.- ¿Han adoptado los Estados de Cervantia y Andina una Ley de Arbitraje equivalente a la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, al igual que Madre Patria?

R.- Sí

3.- ¿Han llegado las partes a algún acuerdo sobre el Derecho aplicable al fondo del asunto?

R.- No. Corresponde a los abogados de las partes decidir si ésta es una cuestión que debe merecer atención separada en sus argumentos escritos y orales.

4.- ¿Alguno de los países son parte de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías?

R.- Cervantia, Andina y Madre Patria han ratificado, sin reservas, la Convención de Viena.

5.- ¿Cuál es el sistema jurídico de los países del caso?

R.- No es fácil clasificarlos de manera nítida. Madre Patria y Cervantia poseen Código civil y Código de comercio, pero buena parte del Derecho mercantil de ambas ha sido desarrollado por vía jurisprudencial. Andina nace como un sistema de precedente judicial, pero posee leyes que regulan determinados contratos y transacciones comerciales.

6.- ¿Alguno de los países mencionados forma parte de la Unión Europea o de alguna otra unión económica o política?

R.- No

b. Contrato y fases de la construcción

7.- ¿Debe entenderse que los extractos del contrato y sus condiciones generales, así como las diversas comunicaciones de las partes contienen todos los elementos relevantes para la controversia?

R.- Sí. Las partes no han planteado controversia alguna respecto del carácter vinculante del contrato o sus condiciones generales, o respecto de la existencia de otras cláusulas no contenidas en los extractos adjuntados como documentos de prueba, que puedan afectar a la resolución de la presente controversia. Las partes tampoco han planteado objeciones relativas a la firma o autenticidad de los mismos, o de las comunicaciones posteriores (incluidas las comunicaciones electrónicas).

8.- ¿Contaba Vetusta con todos los permisos legales para acometer la obra?

R.- Sí.

9.- ¿Posee el terreno donde se había comenzado a edificar algún estatus especial que requiera permisos distintos o adicionales a los ya obtenidos por Vetusta?

R.- No

10.- ¿Hasta qué estadio de la obra se llegó a concluir, qué contraprestación se recibió y qué interrupciones hubo?

R.- El trabajo acometido se completó hasta concluir las dos primeras etapas de la primera de las fases y se inició y ejecutó además, una importante parte de la tercera de las etapas (de la estructura). La contraprestación satisfecha hasta la fecha asciende a la cantidad acordada como anticipo: 40 millones de euros. Las únicas interrupciones de las obras fueron con ocasión de la huelga de los trabajadores y los boicots dirigidos contra las instalaciones por las poblaciones descontentas ante la ejecución de la obra.

c. Terreno, estudio geotécnico y modificación del proyecto

11.- ¿Cómo se determinaron las obligaciones relativas al estudio geotécnico?

R.- Con carácter general, la naturaleza de un suelo se determina a través del propio estudio geotécnico; sin que la ley establezca qué parte está obligada a realizarlo. En el presente caso, no se había realizado ningún estudio previo sobre el terreno donde se debía edificar la planta, y se acordó que el mismo corriera por cuenta de Vetusta, la cual, siguiendo su práctica habitual, solicitó al ayuntamiento de Olías de Cuervo, en cuyo término municipal se encuentra el terreno, los estudios geotécnicos disponibles realizados sobre terrenos cercanos. De los cuatro disponibles, uno, sobre un terreno situado a aprox. 1.300 metros de distancia, clasificaba el suelo como S-A; dos, sobre terrenos situados a 1.200 metros de distancia, clasificaban el suelo como S-B. Sólo uno, realizado sobre un terreno kárstico situado a 1.200 metros de distancia, clasificaba éste como S-C. Ningún estudio indicó la presencia de aguas subterráneas. El estudio realizado por Vetusta, y, en particular, los sondeos, cumplieron las indicaciones para suelos de tipo S-B del Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina, que es la normativa de referencia utilizada por los constructores en este país.

12.- En el correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2011 enviado por Álvaro Mesía a Ana Ozores y Víctor Quintanar (Documento de la Solicitud nº 4), se menciona un documento adjunto en el que se recoge la propuesta del nuevo proyecto. ¿Se detalla cuantitativamente en ese documento adjunto los costos adicionales derivados por los cambios efectuados en el proyecto de cimentación?

R.- El citado documento no contenía una propuesta económica detallada de los gastos adicionales. Sí, por el contrario, dicho documento recogía una estimación a razón de la cantidad adicional de material a emplear, así como del incremento de horas de los jornaleros necesarios para acometer los cambios en el plazo estipulado.

d. Ingeniero y Comité de Adjudicación de Disputas

13.- ¿Cómo fue elegido el ingeniero?

R.- Las partes no habían articulado ningún procedimiento formal para su elección. Contemporáneamente a la negociación de los demás aspectos del contrato Regenta propuso a D. Víctor Quintanar, e hizo énfasis en su experiencia con proyectos en Andina, y Vetusta aceptó sin poner objeciones. Con posterioridad llegó a conocimiento de Vetusta que D. Víctor Quintanar había trabajado como Ingeniero y Director de Obra en la construcción de la anterior planta para Regenta; y se había responsabilizado de aprobar todas las variaciones de la misma solicitadas por ésta.

14.- ¿Pactaron las partes el procedimiento ante el Comité de Resolución de Disputas (CAD) como un procedimiento arbitral?

R.- No. Se trata de un procedimiento *ad hoc* para la solución de controversias habitual en algunos contratos de construcción que poseen una cierta complejidad, y que suele proporcionar una cierta celeridad en la fase anterior a la disputa judicial o arbitral, derivado, en parte, de su menor formalidad.

15.- ¿Presentaron todos los miembros del CAD declaraciones de independencia e imparcialidad y por qué?

R.- Tras la solicitud de Vetusta para que se constituyera el CAD; si bien las partes no habían acordado expresamente su sujeción a leyes o reglas más allá de lo dispuesto en el contrato; ambas partes consideraron adecuado exigir a sus miembros la presentación de declaraciones de independencia e imparcialidad. Las declaraciones de D. Saturnino Bermúdez y D^a Petronila Rianzares contenían una referencia genérica, según la cual, en ambos casos, la persona “No conoce circunstancia alguna que pueda dar lugar a un problema de falta de independencia o imparcialidad”.

16.- ¿Qué detalles se conocen sobre la relación del Sr. Ronzal, Presidente del Comité de Adjudicación de Disputas, con la firma Rianzares, Páez y Carraspique y con Regenta?

R.- La principal fuente de información es la declaración del propio Sr. Ronzal. Por su prestigio, nacional e internacional, recibe frecuentes solicitudes para prestar servicios como consultor. Desde el año 2006 actúa para la firma Rianzares, Páez y Carraspique, con una figura contractual similar a la de los ‘of counsel’ jurídicos. Esta posición le llevó a implicarse en el proyecto para la firma Regenta descrito en los hechos. Se desconocen los detalles sobre la frecuencia de las reuniones y horas invertidas en el proyecto.

17.- ¿Cómo se desarrolló la audiencia ante el Comité?

R.- No existen actas o documentos que recojan las actuaciones del procedimiento ante el Comité. Después de que Vetusta lo iniciase, los miembros del Comité consultaron con las partes en sendas conversaciones telefónicas, para conocer su versión de lo ocurrido. Vetusta pretendió demostrar la eficiencia en el coste de su propuesta mediante la presentación de otras propuestas alternativas. El Comité, por iniciativa de su Presidente, si bien con el voto en contra de D. Saturnino Bermúdez, rechazó esta solicitud. El Comité entendió que, por un lado no resultaba claro que las propuestas se hubiesen puesto antes a disposición de Regenta, de modo que ésta no podía valorarlas en ese momento; y, por otro, el Comité quería centrarse sobre la circunstancia de si Vetusta se había comprometido a realizar los trabajos y/o si Regenta se había comprometido a pagar un sobreprecio. El Presidente preguntó a continuación a Vetusta si tenía algo más que añadir, a lo que ésta respondió que resultaba difícil, a la vista del rechazo de un argumento importante que debía haberle ocupado buena parte de su exposición, ante lo cual el Comité procedió a cerrar la sesión. Ninguno de los demás miembros del Comité tomó nota de los tiempos invertidos por las partes.

e. Disturbios y paralización de las obras

18.- ¿Se han producido conflictos similares en otras obras de la región con anterioridad a la firma del contrato?

R.- No en otras obras similares, pero el respeto y preservación de la cultura Naxicali es un problema recurrente en Andina. En mayo de 2010 hubo 3 semanas de sentadas y huelgas estudiantiles por unas declaraciones del Rector de la Universidad de Vegallana sobre la posibilidad de suprimir la cátedra de lengua Naxicali y dedicar los fondos a cuestiones “más provechosas”. En marzo de 2011 las obras de ampliación del parking del Banco Central de Andina se paralizaron al encontrar un templo y enterramiento Naxicali. La estructura actual ha permitido acomodar un parking algo más reducido con la posibilidad de visitar el templo y enterramiento, que han sido declarados sitios de interés cultural.

19.- ¿En qué consistió la campaña de relaciones públicas de Regenta?

R.- La sociedad Regenta, a través de Ana Ozores y otros representantes, realizó varias declaraciones públicas, entrevistas y ruedas de prensa, principalmente con los medios locales y regionales; quienes han recogido con mayor detalle el conflicto. El mensaje de Regenta ha sido bastante coherente, de modo que el extracto del periódico “La Audiencia” constituye una muestra representativa de las declaraciones realizadas.

20.- ¿Cuál es el estado actual de las obras de construcción? ¿Siguen su curso o están paralizadas?

R.- Las obras siguen paralizadas.

f. Garantía a Primera Demanda

21.- ¿Existió algún problema en la solicitud de cobro realizada al Banco Clarín, más allá de las recogidas en las respectivas relaciones de hechos y documentos?

R.- No. Los documentos indicados fueron debidamente presentados, y Vetusta no cuestiona su autenticidad; sino la insuficiencia de los mismos para justificar el pago y la ilegitimidad del mismo.

22.- ¿En qué estado se encuentra la medida cautelar acordada por el Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Alas (Documento de la Solicitud n°22)?

R.- La orden cautelar se encuentra vigente como medida de apoyo al procedimiento arbitral. Vetusta presentó ante el Juzgado una copia de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, y el Juzgado accedió a mantener la vigencia de la orden, con sujeción a lo que decida el tribunal arbitral.

IV Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil MOOT Madrid 2012



Universidad Carlos III de Madrid

ESCRITO DE DEMANDA

En representación de:

REGENTA, CO.
C/ Ripamillán, nº 54,
Vegallana, Andina

En contra de:

VETUSTA, S.A.,
Avda. Bermúdez, nº56
Alas, Cervantia

2 de marzo de 2012

Felipe Cordero
Cervantes

María García
Zambrana

Marta Maciá
Mayor

Ana Puerta
Gil de Gómez

Miguel Segovia
Herranz

Ana Torres
Leao-Coelho

María Velarde
del Barrio

Cristina Zhou
Lin

Índice

Índice	i
LISTA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES	iv
LISTA DE DOCTRINA.....	vii
LISTA DE JURISPRUDENCIA.....	xvi
HECHOS.....	1
NORMATIVA APLICABLE.....	1
A. NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO.....	1
B. NORMATIVA APLICABLE A LA PARTE SUSTANTIVA.....	2
i. La voluntad de las partes plasmada en la literalidad del Contrato	2
ii. El contrato se rige por la Convención de Viena	2
a) Cumplimiento de los requisitos generales.....	3
b) El contrato no puede encuadrarse en la regla de exclusión del art. 3.2.....	3
c) Las partes no han excluido la aplicación de la Convención de Viena	4
iii. El contrato se rige por los Principios UNIDROIT.....	4
iv. La garantía se rige por las Reglas Uniformes de Garantías a Primera Demanda de la CCI y la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cargas de Crédito Contingente.....	5
v. Normas imperativas aplicables	5
ALEGACIONES DE LA PARTE PROCESAL.....	5
PRIMERA.- EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER TODAS LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE LAS PARTES	5
A. EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE TODA DISPUTA O CONTROVERSIA EN RELACIÓN AL CONTRATO	5
i. No existía obligación de acudir a los procedimientos prearbitrales previstos en el Contrato	6
ii. El Tribunal es competente para ordenar el cumplimiento así como medidas coercitivas para asegurarlo.....	6
iii. Modificación unilateral del Contrato	7
B. COMPETENCIA PARA CONOCER TODAS LAS DISPUTAS SURGIDAS DEL AVAL BANCARIO A PRIMER REQUERIMIENTO	7
ALEGACIONES DE LA PARTE SUSTANTIVA.....	8
SEGUNDA.- LA NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO. VETUSTA DEBE CONCLUIR LA OBRA SIN RECIBIR NINGÚN SOBREPRECIO	8
A. EL CONTRATO ES DE TIPO LLAVE EN MANO.....	8
i. Definición y origen del contrato de llave en mano	8
ii. El Contrato es de tipo llave en mano	9

B. EN EL CONTRATO SE PACTÓ UN SISTEMA DE PRECIO ALZADO.....	9
i. Definición de precio alzado y su uso en los contratos de llave en mano.....	9
ii. El Contrato establece un precio alzado.....	10
C. VETUSTA DEBE ASUMIR CUALQUIER SOBRECOSTE DE LA OBRA.....	10
i. La Demandada está obligada a efectuar a su cargo las correcciones necesarias.....	10
ii. No puede apreciarse excesiva onerosidad.....	11
TERCERA.- VETUSTA NO HA CUMPLIDO CON LA DEBIDA DILIGENCIA SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. LAS CORRECCIONES A REALIZAR EN LA OBRA SON CONSECUENCIA DIRECTA DE SUS INCUMPLIMIENTOS.....	12
A. NEGLIGENCIA DE VETUSTA AL NO EMPLEAR LOS MEDIOS NECESARIOS EN EL ESTUDIO GEOTÉCNICO. ERA PREVISIBLE ENCONTRAR DIFERENCIAS EN EL TERRENO AL COMENZAR A EXCAVAR	12
B. VETUSTA NO ACUDIÓ AL PROCEDIMIENTO DE VARIACIÓN PACTADO EN EL CONTRATO Y, ADEMÁS, LA DEMANDADA ACTUÓ EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS	14
i. VETUSTA no acudió al procedimiento de variación pactado en el Contrato y exigido en la normativa internacional.....	14
ii. La Demandada ha actuado de manera contraria a las exigencias de la buena fe contractual en contra del principio “venire contra factum proprium”	15
CUARTA.- LA PARALIZACIÓN DE LAS OBRAS POR PARTE DE VETUSTA SUPONE UN NUEVO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.....	15
A. EL PLAZO ERA UN ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO	15
B. LA DEMANDADA INCUMPLIÓ EL CONTRATO AL PARALIZAR LAS OBRAS ...	16
i. Los actos de VETUSTA han hecho imposible cumplir con el plazo.....	16
ii. El incumplimiento del plazo constituye un incumplimiento esencial del Contrato..	16
QUINTA.- EL SOBRECOSTE CAUSADO A VETUSTA POR LAS MANIFESTACIONES DE LA POBLACIÓN Y LA HUELGA DE LOS TRABAJADORES DEBE SER ASUMIDO POR LA DEMANDADA.....	17
A. DEFINICIÓN DE FUERZA MAYOR VS RIESGO DEL CONTRATO	17
i. Concepto de Fuerza mayor, las fuentes normativas y sus presupuestos	17
ii. Las causas de fuerza mayor previstas en el Contrato y en las cláusulas FIDIC	18
B. NO SE HA PRODUCIDO NINGUNA CAUSA DE FUERZA MAYOR LIBERATORIA DE LA RESPONSABILIDAD DE VETUSTA.....	18
i. Las manifestaciones de la población no son causa de fuerza de mayor.....	18
ii. Las huelgas de los trabajadores no son causa de fuerza mayor de conformidad con el Contrato	19
C. VETUSTA NO TIENE DERECHO A NINGÚN SOBRECOSTE.....	20

SEXTA.- EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL FUE CONFORME A DERECHO..21

A. LA DECISIÓN DEL INGENIERO FUE IMPARCIAL, INDEPENDIENTE Y AJUSTADA A DERECHO	21
i. El Ingeniero que analizó la reclamación de REGENTA fue elegido de común acuerdo por las partes.	21
ii. No hay elemento perturbador de la imparcialidad e independencia del Ingeniero..	21
B. LA ACTUACIÓN DEL CAD TAMBIÉN FUE CONFORME A DERECHO	22
i. Los miembros del CAD eran y son independientes e imparciales.....	22
ii. El proceso ante el CAD cumplió con todas las garantías exigidas	23
iii. No hubo extralimitación en la decisión vertida por el CAD.....	24
C. VETUSTA NO CUMPLIÓ CON LA DECISIÓN DEL INGENIERO NI CON LA DECISIÓN DEL CAD, LO QUE SUPONE UN NUEVO INCUMPLIMIENTO	25

SÉPTIMA.- LA CORRECCIÓN DE LA SOLICITUD DE PAGO SOLICITADA POR REGENTA25

A. EL DERECHO DE REGENTA A EJECUTAR LA GARANTÍA	25
B. INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIA ALGUNA QUE IMPIDIESE A REGENTA SOLICITAR EL PAGO DE LA GARANTÍA.....	26
i. Inexistencia de abusividad en la ejecución alegada por VETUSTA.....	26
ii. No existe ninguna circunstancia legal que permita a la entidad bancaria garante negar el pago	27
iii. Las medidas cautelares solicitadas por VETUSTA eran materialmente improcedentes e incorrectas.....	27
a) Improcedencia de las medidas cautelares	27
b) Incompetencia del Juzgado de Primera Instancia de Alas para el establecimiento de las medidas cautelares	27
c) Innecesariedad de medidas cautelares <i>inaudita parte</i>	28
C. PROCEDENCIA DEL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR	28

OCTAVA.- LA DEMANDADA DEBE CUMPLIR EL CONTRATO EN PLAZO28**NOVENA.- LA DEMANDADA DEBE INDEMNIZAR POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE HA OCASIONADO A REGENTA28**

A. VETUSTA HA DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS	28
B. LA DEMANDADA DEBE PAGAR LOS INTERESES	29

PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL30

LISTA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

APR Silver Book	Annex Procedural Rules del Silver Book de FIDIC
Art.	Artículo
Avda.	Avenida
C/	Calle
CAD	Comité de Adjudicación de Disputas
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCIM	Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980
CISG-AC	Consejo Asesor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Cláusula 5.1	Cláusula 5.1 de las Condiciones del Contrato
CNUDMI	Convención de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Convención de Nueva York	Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958
Convención sobre Garantías	Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente
Decreto Ministerial	Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina
Demandada	VETUSTA
Demandante	REGENTA
Doc. Resp. Sol.	Documento de Respuesta a la Solicitud

Doc. Sol.	Documento de la Solicitud
Dña.	Doña
El Contrato	Contrato suscrito por las partes. Puesto que no es un hecho discutido, integra tanto el contrato en sí como las Condiciones.
El Ingeniero	Ingeniero/Consultor
€	Euro(s)
Ibídem.	En el mismo lugar
La Garantía	Garantía a primera demanda
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006
nº	Número
M	Millones
Ord. Pro.	Orden Procesal
p.	Página
pp.	Páginas
párr(s).	Párrafo(s)
RACCI	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2012)
REGENTA	REGENTA CO.
RF CCI	Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation

RUGD	Reglas Uniformes sobre Garantías a Primera Demanda de la Cámara de Comercio Internacional
Sr.	Señor
ss.	Siguientes
Supra	Arriba
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law (en español, CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-).
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Internacional
UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010
VETUSTA	VETUSTA S.A.
Vol.	Volumen
Vid.	Ver

LISTA DE DOCTRINA

CITADO COMO	REFERENCIA
ANCEL	ANCEL, Pascal: <i>Droits des Sûretés</i> , Paris, Lexis Nexis, 2006
BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS	BAKER, Ellis, MELLORS, Ben, CHALMERS, Scott, LAVERS, Anthony: <i>Fidic Contracts: Law and Practice</i> . White and Case. Editorial: Informa. Londres, 2009
BISKUP/LORENZO/ARIAS	BISKUP, K. LORENZO, H Y ARIAS, P.: <i>Aplicabilidad del radar de subsuelo para el estudio de la zona no saturada del suelo</i> . Vigo, 2005
BLOCK	BLOCK, Guy: <i>La force majeure dans les contrats d'énergie</i> , Paris, 2007
BONELLI	BONELLI, Franco: <i>Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale</i> , Milán, Giuffré, 1991
BRUNNER	BRUNNER, Christop: <i>Force majeure and Hardship under general contract principles</i> , Walter Kluwer, 2009
BUNNI	BUNNI, Nael: <i>The FIDIC form of contract</i> . Blackwell, 2005
CAMPUZANO DÍAZ	CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: La repercusión de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías, Universidad de Sevilla-Secretariado Publicaciones, Sevilla, 2000
CHERN	CHERN, Cyril: <i>Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure</i> , Blackwell Publishing, 2008

CHRISTOPHER

CHRISTOPHER, Wade: *Dealing with unforeseeable events under the FIDIC contract form*. International Federation of consulting engineer. Suecia, 2006

CISG-AC

CONSEJO ASESOR DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: “Opinión número 4. Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3CISG)”[el línea], 24 Octubre 2004

Disponibile en:

<http://www.cisgac.com/>

CREMADES

CREMADES, Bernardo M.: *Conferencias sobre Derecho Bancario Internacional*. Madrid, La Ley EDILEX, 1984

DEWEY DRUMBACK

DEWEY DRUMBACK, Melissa: *The Architect’s and Engineer’s “Standard of Care” (Law note)*, 2010

DEZALAY/GARTH

DEZALAY, Yves, GARTH, Brian G.: *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Trans-national Legal Order*, University of Chicago, 1996

DÍEZ PICAZO

DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993

DÍEZ PICAZO/GULLÓN

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de derecho civil vol II: El contrato en general, la relación obligatoria contratos en especial, cuasicontratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, Tecnos S.A., 2005

- | | |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DEZALAY/GARTH | DEZALAY Yves., GARTH, Bryant G., <i>Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order</i> , University of Chicago, 1996 |
| DOMINGO | DOMINGO, Rafael (Dir.). <i>Principios Unidroit Sobre los contratos internacionales 2004</i> , Roma: Thomson 2004 |
| DRAHOZAL/NAIMARK/TOWARDS | Drahozal C. R., Naimark R. W., <i>Towards a science of international arbitration: collected empirical research</i> , Kluwer Law International, 2005 |
| ESPLUGUES MOTA | ESPLUGUES MOTA, Carlos, BARONA VILAR, Silvia y HERNÁNDEZ MARTÍN, Juan: <i>Contratación Internacional</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 1999 |
| FERRARI | FERRARI, Franco: <i>Journal of Law and Commerce</i> , 1995 |
| FIDIC GUIDE | FIDIC: <i>The FIDIC Contract Guide</i> . International Federation Of Consulting Engineer, 2000 |
| FOUCHARD | GAILLARD Emmanuel, SAVAGE John: <i>Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration</i> , Kluwer Law International 1999 |
| GALGANO | GALGANO, Francesco: <i>El negocio jurídico</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 1992 |
| GARCIMARTÍN | GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: <i>El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional</i> . Madrid, McGrawHill, 1996. |
| GAVALDA/STOUFFLET | GAVALDA, Christian y STOUFFLET, Jean: |

- Droit Bancaire: institutions-comptes-opérations-services*, Paris, Lexis Nexis, 2002
- GUÍA CNUDMI CNUDMI: La guía jurídica de la CNUDMI para la contratación mercantil internacional, Viena, 1987
- GUTIÉRREZ DE LARRAURRI GUTIERREZ DE LARRAURRI, Natalia: “*La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*”, *Revista de Derecho Privado*, 44, 2010
- HASCHER HASCHER, Dominique: “ICC Practice in relation to the appointment, confirmation, challenge and replacement of arbitrators”, *The ICC of international court of arbitration bulletin* Vol. 6/Nº2, Noviembre 1995
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora: *Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”*, Comares, Granada 1999
- HONNOLD HONNOLD, John O.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999), pages 56-62, La Haya, Kluwer Law International
- HOSIE HOSIE, Jonathan.: Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do owners get? *Mayer Brown*, Londres, 2007
- HULEATT-JAMES/GOULD HULEATT-JAMES, Mark, GOULD, Nicholas: *International Commercial Arbitration: a Handbook*, LLP, Londres, 1999
- ICC BULLETIN ICC *International Court of Arbitration Bulletin*. Vol 20/2-200

- JENKINS/STEBBINGS
- JENKINS Jane y STEBBINGS Simon: *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, Nueva York 2006
- JORDÁ BORDEHORE, L.
- JORDÁ BORDEHORE, Luis: *Técnicas geofísicas de reconocimiento del subsuelo: Georadar y Tomografía eléctrica. Casos prácticos*. Revista técnica & obra urbana, 2005
- KELLY-LOUW
- KELLY-LOUW, Michelle: *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees. Submitted Thesis in accordance with the requirements for the degree of Doctor of Laws*. Promoted by Prof. PRETORIUS, J.T. University of South Africa, 2008
- KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS
- KRÖLL Stefan, MISTELIS Loukas, PERALES VISCASILLAS M^a del Pilar: *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Verlag C.H. Beck, 2011
- LALIVE
- LALIVE, Pierre: “L’arbitrage international et les Principes UNIDROIT” en: BONELL/BONELLI (eds): *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Giuffré, Milán, 1997
- LEW/MISTELLIS/KRÖLL
- LEW, Julian D.M., MITELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan: *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2003
- MAGNUS
- MAGNUS, Ulrich en: STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts* (Comentario al Código Civil alemán), Sellier de Gruyter, Berlín, 2005
- MANTILLA-SERRANO
- MANTILLA-SERRANO, Fernando: “Towards a Transnational Procedural Public Policy”, in Schlaepfer A. Pinoselle P. Degos, *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, Juris,

2005

MAZORATI

MAZORATI, Osvaldo: *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 2003

MCNAIR

MCNAIR, Damian: "EPC Contracts in the power sector", *DLA Piper*, Australia, 2011

MOSES

MOSES Margaret L.: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008

MUELAS RODRÍGUEZ

MUELAS RODRÍGUEZ, Ángel: *Manual de mecánica del suelo y cimentaciones*, 2009

ORTÍZ PRADILLO

ORTÍZ PRADILLO, Juan C.: *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*. Madrid, Iustel, 2006

PERALES VISCASILLAS

PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar: *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, 2001

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-03.html>

PERALES VISCASILLAS: "El derecho uniforme..."

PERALES VISCASILLAS, M^a del Pilar: "El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios UNIDROIT": *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 1999

Disponible en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>

PERILLO

PERILLO, Joshep M.: *Unidroit Principles of international commercial contract: The black letter text and review*. Fordham Law Review, 1994

- | | |
|--------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| OWEN/TOTTERDILL | OWEN, Gwyn, TOTTERDILL, Brian W. <i>Dispute Boards: procedures and practice</i> , Londres: Thomas Telford, 2008, primera edición |
| RAMOS MUÑOZ | RAMOS MUÑOZ, David: “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, <i>Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones</i> , Vol. I, 2008, pp. 659-722 |
| RAMOS MUÑOZ “ <i>The power of...</i> ” | RAMOS MUÑOZ, David: “The Power of Arbitrators to Make Pro Futuro Orders” en <i>Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration: ASA Special series No. 30</i> , Suiza, ASA, 2011 |
| REDFERN/HUNTER | REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine: <i>Law and Practise of Commercial Arbitration</i> , Londres: Thomson Reuters, 2011 (5ª ed.) |
| REIG FABADO | REIG FABADO, Isabel: <i>Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería</i> , Servei de Publicacions, 2003 |
| REIG FABADO, “ <i>El contrato internacional de ingeniería...</i> ” | REIG FABRADO, Isabel: <i>El contrato internacional de ingeniería</i> . Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 |
| RIVKIN | RIVKIN, David: <i>Lex Mercatoria and force majeure. TransLex Law research</i> . Paris, 1993
Disponible en:
http://www.trans-lex.org/116100 |
| RODRÍGUEZ BENOT | RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: <i>Arbitraje comercial internacional y garantías bancarias independientes a primer requerimiento: consideraciones generales</i> .(CALVO CARAVACA, Alfonso L.) <i>Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional</i> , Madrid: Colex, 2005 |

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

RODRÍGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano: *“La problemática del riesgo en los proyectos de infraestructura y en los contratos internacionales de construcción”* Revista E-Mercatoria Volumen 7, Número 1, 2008

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ / ROJAS
TAMAYO

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Maximiliano / ROJAS TAMAYO, Adriana: *“Sistemas para la Determinación del precio y Condiciones de Pago en el contrato internacional de construcción”*, Revista E-Mercatoria Volumen 7, Número 1, 2008

SACRISTÁN BERGIA

SACRISTÁN BERGIA, Fernando: *Las garantías autónomas a primera demanda*. Madrid, Dykinson, 2006

SÁNCHEZ-CALERO

SÁNCHEZ-CALERO, Fernando: *El contrato autónomo de Garantía*, Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995

SAN JUAN CRUCELAEGUI

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier: *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, Madrid, Thomson Civitas, 2004

SHAPIRO

SHAPIRO, Bryan. *“Design/Build and Turnkey Contracts”*

SCHLECTRIEM

SCHLECHTRIEM, Peter: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford: Clarendon Press, 1998

SCHLECTRIEM: *“Interpretation, gap-filling...”*

SCHLECTRIEM, Peter: *Interpretation, gap-filling and Further Development of the U.N. Sales Convention*

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem6.html>

- SERRANO
- SERRANO, Carlos. *El contrato internacional de llave en mano*. En Cuadernos de derecho para ingenieros. Cuaderno decimotercero: responsabilidad patrimonial y seguros. La Ley, Madrid 2011
- STEIN
- STEIN, Steven: *Construction Law*, Matthew Bender, 1999
- TWEEDDALE/TWEEDDALE
- TWEEDDALE, Andrew, TWEEDDALE, Karen: *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, Nueva York, 2005
- VALLEJO
- VALLEJO, Felipe: *Responsabilidad profesional en la construcción de obras*. Revista Derecho de Estado n°20, Colombia, 2007
- VON WESTPHALEN
- VON WESTPHALEN, Friedrich Graf: *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, Recht Und Wirtschaft GmbH, 1982

LISTA DE JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA

CITADO COMO

REFERENCIA

Alemania

LG Munich de 16 noviembre de 2000

Sentencia de la Corte de Distrito (*Landgericht*) de Munich
16 de noviembre de 2000

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116g1.html>

OLG Munich de 3 diciembre de 1999

Sentencia de la Corte de Apelación de Munich
3 de diciembre de 1999

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991203g1.html>

Bélgica

Plessers v. BV Pannellaer Vieesspecialiteiten

Sentencia de la Corte de Apelación de Antwerpen
3 de enero de 2005

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050103b1.htm>

España

STS 28 de noviembre de 1988

STS 28 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8716)

STS 15 de diciembre de 1987

STS 15 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9507)

STS de 9 de octubre de 1984

STS de 9 de octubre de 1984 (RJ 1984/4767)

Estados Unidos

Lucent Technologies

Caso Lucent Technologies Inc. v Tatung Co, Case nº 03-7741
2003

<i>AMD v. Intel</i>	Caso <i>Advanced Micro Devices [AMD] v. Intel Corp.</i> 9 Cal. 4 th 362,885 P.d 994, 36 Cal. Rptr. 2d 581 (1994)
<i>National Shipping</i>	Caso <i>National Shipping co. of Saudi Arabia v. Transamerican Shipping Corp.</i> 1992 US
<i>International Produce</i>	Caso <i>International Produce Inc. v. A/S Rosshavet</i> , 638 F.2d 548 (2d Cir. 1981)
<i>SCM Corp. v. Fisher Park Lane</i>	Caso <i>SCM Corp. v. Fisher Park Lane Co.</i> , 40 N. Y. 2d 788,358 N. E. 2d 1024, 390 N.Y.S. 2d 398, 1976
<i>Commonwealth Coatings Corp. v. Continental</i>	Caso <i>Commonwealth Coatings Corp v Continental Casualty Co.</i> 393 US 145 (1968)

Francia

<i>Weed killer</i>	Caso <i>Weed killer</i> , Corte de Casación de Francia 25 Octubre de 2005 Disponible en: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051025f1.html
<i>Marques Roque Joaquim c. Sarl Holding Manin Rivière</i>	Sentencia de la Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale de 26 abril de 1995 Disponible en: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426f2.html

Italia

<i>High fashion textiles</i>	Sentencia de la Corte de Distrito de Pavia 29 de diciembre de 1999 Disponible en: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991229i3.html
------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sudáfrica

<i>Phillips v. Standard</i>	<i>Phillips v Standard Bank of South Africa, Union Carriage and Wagon Company Ltd v Nedcor Bank Ltd, Sztejn v J Henry Schroder Banking Corporation.</i>
-----------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Suiza

<i>Stove</i>	<p>Sentencia de la Corte de Apelación de Zug 16 de diciembre de 2006</p> <p>Disponible en:</p> <p>http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061219s1.html</p>
<i>PVC and other synthetic materials</i>	<p>Sentencia de la Corte de Distrito de Zug 21 de octubre de 1999</p> <p>Disponible en:</p> <p>http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html</p>
<i>HG Zurich, 8 de abril de 1999</i>	<p>Sentencia de la HG (Handelsgericht) de Zurich 8 de abril de 1999</p> <p>Disponible en:</p> <p>http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990408s1.html</p>

LAUDOS ARBITRALES

<i>Burden Limited v Swansea Corporation</i>	<p>Lord Radcliffe en <i>Burden Limited v Swansea Corporation</i> (1957) 1 WLR 1167 p. 1172.</p>
CCI 3267/1979	Arbitral Award in ICC No. 3267 of 1979
CCI 1782	Interim Award in ICC Case No. 1782
CCI 4629/1989	Arbitral Award in ICC No. 4629 of 1989
CCI 5898/1989	Interim measures, Bulletin ICC Vol. 11 No. 1 Award rendered : 1991
CCI 7153/1992	Arbitral Award in ICC No. 7153 of 1992
CCI 7110/1995	Arbitral Award in ICC No. 7110. International Court of Arbitration (First Partial Award)
CCI 7365/1997	Final award in ICC No. 7365 of 5 May 1997 final
CCI 7660/1994	Arbitral Award in ICC No. 7660 of 1994, CLOUT (nº302)

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>

CCI 8873/ 1997	Interim Award in ICC Case No. 8873 of 1997
CCI 7819/1999	Arbitral Award in ICC No. 7819 International Court of Arbitration
CCI 10619/2001	Interim Award in ICC Case No. 10619
CCI 12111/2003	Arbitral Award in ICC No. 12111 of 2003
<i>Channel Tunnel</i>	Caso The Channel Group v Balfour Beatty Ltd. (1993) Adj.L.R. 01/21 13 de enero de 1993
RF CCI 18/2007	Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de la Federación Rusa, 1 de febrero de 2007 (UNILEX)
VAS-13520/2009	Caso (VAS) No. 13520/09, Vysshi Arbitrazhnyi Sud Rossiyskoi Federatsii, Corte Suprema de Arbitraje de la Federación Rusa 16 de diciembre de 2009

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091216r1.html>

HECHOS

1. La compañía REGENTA CO. (en adelante, “**REGENTA**” o la “**Demandante**”) es una sociedad dedicada a la producción masiva de cemento portland. La compañía VETUSTA CO. (en adelante, “**VETUSTA**” o la “**Demandada**”) es una empresa internacional líder en la planificación y construcción de plantas industriales. Como se explica en el escrito de solicitud de arbitraje [Sol. Arb. párr. 10], REGENTA inició un proceso abierto de licitación para la construcción de una planta de cemento en Olías del Cuervo. En este proceso se hizo constar que un elemento esencial para la licitadora era el compromiso de la adjudicataria de terminar la obra en un plazo cerrado de dos años. VETUSTA fue seleccionada en el proceso de licitación, y con fecha 14 de marzo de 2011 las partes suscribieron un contrato llave en mano (en adelante, el “**Contrato**”) [Doc. Sol. n° 2] para la construcción de la planta de cemento.
2. Tras iniciarse las obras, VETUSTA ha incumplido el Contrato paralizando la construcción de la obra adjudicada con fundamento en distintas razones que a juicio de esta parte carecen de todo fundamento. En primer lugar, poco después de iniciarse la obra, la Demandada informó de la aparición de una corriente de agua subfreática (no detectada por la propia VETUSTA en el estudio geotécnico a cuya ejecución venía obligada) y de que dicha circunstancia exigía acometer “*cambios de gran calado*” en el proyecto de obra (realizado también por la propia VETUSTA) [Doc. Sol. n° 4]. Se ha pretendido por la Demanda que siendo cerrado el precio del Contrato, y obediendo la modificación del proyecto a la propia negligencia de VETUSTA, mi representada asuma los costes derivados de dicha modificación [Doc. Sol. n° 9].
3. En segundo lugar, durante la ejecución de la obra se han producido también huelgas y paralizaciones de los trabajadores, circunstancias éstas ajenas a mi mandante, para las que VETUSTA ha adoptado decisiones sin informar y consultar previamente a REGENTA, y que han supuesto un coste *adicional* que la Demandada pretende imputar a mi mandante, reclamando un importe equivalente a un 8% adicional sobre el precio del proyecto [Doc. Sol. n° 14].
4. A fin de resolver la primera controversia, las partes acudieron al doble proceso prearbitral pactado en el Contrato. Tanto el Ingeniero/consultor (el “**Ingeniero**”) en una primera instancia, como posteriormente el Comité de Adjudicación de Disputas, consideraron que el coste de la modificación del proyecto debía ser asumido por la Demandada y no por mi representada [Doc. Sol. n° 11 y 12]. Pues bien, VETUSTA no ha respetado ninguna de las *decisiones* adoptadas por los órganos prearbitrales pactados por las partes, y ello ha provocado un grave perjuicio a mi representada que tras desembolsar casi un tercio del coste del proyecto se encuentra con la obra paralizada, y sin posibilidad de localizar otras empresas a quienes encomendar la construcción de la planta de cemento (al haber sido descartadas en el proceso de licitación).
5. Para recuperar el dinero invertido, REGENTA ha tratado de ejecutar la garantía a primera demanda (la “**Garantía**”) suscrita entre las partes [Doc. Sol. n° 21] pero se ha encontrado con la oposición de VETUSTA que ha obstaculizado el cobro de la garantía, no sólo ante la entidad bancaria, sino también acudiendo acudido a la jurisdicción ordinaria, donde ha solicitado y obtenido una medida cautelar de suspensión del pago de la garantía [Doc. Sol. n° 22].

NORMATIVA APLICABLE

A. NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO

6. Las partes tienen la libertad de elegir el Derecho por el cual se regirá el arbitraje¹. Dado que no han hecho tal elección, se aplica la *lex loci arbitri*, la ley del lugar del arbitraje². Así, el arbitra-

¹ HULEATT-JAMES/GOULD, p. 16; TWEEDDALE/TWEEDDALE, párr. 6.05

² REDFERN/HUNTER, párr. 2.13; POUDRET/BESSON, párr. 145; CCI 1512/1971, CCI 2272/1975; En ellos, el arbitra-

je se registrá por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 (en adelante, “**Ley Modelo**”) porque Matrice, sede del arbitraje³, pertenece a un Estado que la ha adoptado. Ello es adecuado y razonable más aún si se tiene en consideración que Andina y Cervantia, Estados de las partes, han adoptado leyes de arbitraje equivalentes a la Ley Modelo, al igual que Madre Patria [*Ord. Pro. n° 2*]. Asimismo, la Ley Modelo es aplicable porque se cumplen todos los requisitos que su art. 1 establece, el cual delimita su ámbito de aplicación.

7. La normativa rectora del procedimiento será el Reglamento de Arbitraje de la CCI (en adelante, “**RACCI**”). En concreto, según lo dispuesto en su art. 6, será de aplicación el Reglamento vigente a partir del 1 de enero de 2012, dado que la Solicitud de Arbitraje se presentó el pasado 2 de enero y las partes no han manifestado su interés en que sea aplicable el Reglamento anterior.
8. En lo referente al reconocimiento y ejecución del laudo, será de aplicación la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante “**Convención de Nueva York**”), puesto que todos los Estados implicados en el caso han ratificado dicha Convención.

B. NORMATIVA APLICABLE A LA PARTE SUSTANTIVA

9. El fondo del asunto se registrá por (i) la voluntad de las partes plasmada en la literalidad del Contrato, (ii) la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, y (iii) los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2010). En lo referente a la garantía a primera demanda, serán de aplicación (iv) las Reglas Uniformes de Garantías a Primera Demanda así como la Convención CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cargas de Crédito Contingente. Finalmente, como en todo conflicto jurídico, se habrán de observar las normas imperativas aplicables, siendo de especial interés (vi) el Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina.

i. La voluntad de las partes plasmada en la literalidad del Contrato

10. Las partes tienen autonomía para plasmar su voluntad en un contrato. En base a esa autonomía, han querido introducir condiciones generales que guardan una clara similitud con las Condiciones FIDIC, ya sea porque conservan su tenor literal o porque, sin ser exactamente iguales, es innegable su inspiración en ellas (*Vid. infra párrs. 45, 132*).
11. El uso extendido de los contratos FIDIC y, en particular, de sus modelos de Condiciones de contratos de construcción, se ha complementado con un proceso de interpretación sistemática que ha seguido la jurisprudencia arbitral y, en especial, la proveniente de instituciones como la CCI⁴. Por ello, se sostendrá la interpretación de estas cláusulas consagrada en el Derecho Internacional.

ii. El contrato se rige por la Convención de Viena

12. La Cláusula 51 del Contrato [*Doc. Sol. n° 2*] dice:
“Además de por la ley que resulte aplicable el presente contrato se registrá por los principios generales del Derecho aplicables a los contratos comerciales internacionales”.
13. La Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en lo sucesivo, “**CCIM**”), es aplicable porque (a) se cumplen los requisitos generales fijados en su art. 1;

je se condujo bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI

³ Cláusula 53 de Contrato

⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ p. 5

(b) el presente contrato no puede encuadrarse en la regla excepcional de exclusión de su art. 3.2; y (c) las partes no han excluido su aplicación.

a) Cumplimiento de los requisitos generales

14. Conforme a su art. 1.1.a), la CCIM se aplica cuando el vendedor y el comprador tengan sus respectivos establecimientos en un Estado contratante distinto. Las partes tienen sus establecimientos en Andina y Cervantia, que han ratificado, sin reservas, la CCIM.

b) El contrato no puede encuadrarse en la regla excepcional de exclusión del art. 3.2

15. El art. 3.2 CCIM dispone que se aplicará la Convención a los contratos que lleven aparejada una prestación de servicios o suministro de mano de obra del vendedor, siempre que ello no constituya una *parte principal* del contrato. El precepto abarca determinados contratos de ingeniería como son el suministro de maquinaria o bienes de equipo con asistencia técnica para su montaje o el contrato *llave en mano*⁵.
16. El art. 3.2 CCIM regula los contratos mixtos⁶. El contrato tipo llave en mano es un contrato mixto porque en él se dan cita elementos propios y característicos de varios tipos contractuales: de la compraventa, de una parte, y de contratos de ejecución de obra y de otros servicios, de otra⁷. Pues bien, si como en el presente caso, existe un contrato único, la CCIM se aplica al Contrato en su totalidad. En este sentido, las lagunas que pudieren existir en la CCIM en lo que se refiere a las obligaciones de servicio deberán ser completadas con los principios generales (art. 7.2 CCIM)⁸.
17. En relación a qué debe entenderse por “parte principal”, el criterio del valor económico prevalece⁹, esto es, en general se entiende que la Convención ha de aplicarse si el valor de las mercaderías supera al de los servicios del contrato. En este sentido, a los efectos del presente asunto, debe distinguirse (a) qué se entiende por “mercaderías”, y (b) cómo debe interpretarse el concepto de “parte principal”.

✓ **Concepto de mercaderías**

18. Aunque la CCIM no define el concepto de “mercaderías”, tradicionalmente se ha entendido que son aquellos bienes que, en el momento de la entrega, son tangibles y móviles¹⁰. Pues bien, a efectos del Contrato, serán mercaderías tanto los materiales empleados para la obra como cualquier otra clase de bienes, de manera destacada, los manufacturados (art. 3.1 CCIM). En efecto, el art. 3.1 CCIM establece que los contratos para el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas son contratos de compraventa, salvo que el comprador asuma la obligación de proporcionar una *parte sustancial* de los bienes.
19. Pues bien, dado que REGENTA no se comprometió en el Contrato a proporcionar parte alguna de esos bienes debe considerarse que toda la maquinaria, herramientas, etc. a cuya realización y entrega se comprometió VETUSTA [Sol. Arb. párr. 14], son mercaderías. Para poder delimitar

⁵ FERRARI (ART. 3.2), CAMPUZANO DÍAZ, p. 88

⁶ CISG-AC Opinión n°4. párr.7

⁷ PERALES VISCACASILLAS, párr. 131

⁸ SCHLECTRIEM: *Interpretation, gap-filling...*

⁹ En el laudo de la CCI 7153/1992, referente al contrato de suministro y montaje de material para la construcción de un hotel, el árbitro sostuvo que el contrato se trataba de una venta, al constatar que el coste en material era mucho mayor que el del montaje. En el mismo sentido, *Marques Roque Joaquim c. Sarl, Holding Manin Rivière, Plessers v. BV Pannenclaeer Vieesspecialiteiten*

¹⁰ *PVC and other synthetic materials; High fashion textiles*

qué parte del valor total del Contrato corresponde a “mercaderías” es necesario realizar una correcta interpretación de los artículos 3.1 y 3.2 CCIM¹¹.

20. Conforme al art. 3.1 CCIM deberán cuantificarse como valor del bien y por tanto, como mercaderías, todos las tareas de manufactura y obra en las que se haya incurrido *hasta* la entrega del bien¹². Así, si VETUSTA debía fabricar la maquinaria, la mano de obra y cualesquiera otros servicios en los que se incurriera para su realización e incluso instalación formarían parte del valor total de la maquinaria y no se contabilizarán como “servicios” a efectos del art. 3.2 CCIM. Sólo se contabilizarán como servicios los que se realicen *tras* la entrega del bien y que no puedan considerarse parte de las obligaciones de manufacturar o de producir¹³.
21. En definitiva, a efectos del cálculo, serán servicios aquellos relacionados con los bienes adquiridos que tengan lugar con posterioridad a la entrega y los que queden fuera del proceso de manufacturación.

✓ **“Parte principal”**

22. Aunque hay autores que defienden la aplicación de un porcentaje, significativamente el 50 por ciento, como límite para la aplicación de la CCIM, lo cierto es que dicho criterio puede no ser adecuado. Así, se debe atender a la denominación y el contenido completo del contrato, a la estructura del precio y a la importancia otorgada por las partes a las diferentes obligaciones del contrato¹⁴.
23. De cualquier manera, cuando, como en este caso, no es posible trazar una línea clara entre el valor de los servicios y la mano de obra prestada y el valor de los bienes y, además, el comprador se compromete a entregar un *precio único e indiferenciado* por todo, debe entenderse que la CCIM es aplicable¹⁵. Además, es claro que la voluntad de mi representada, que se desprende tanto de la literalidad del Contrato como de sus actuaciones posteriores (art. 8.1 CCIM), era adquirir una planta de cemento portland con todas las instalaciones listas para su funcionamiento. Así, tan importante como el edificio, era la maquinaria necesaria para la realización de su actividad económica.

c) Las partes no han excluido la aplicación de la Convención de Viena

24. Las partes no han excluido la aplicación de la CCIM conforme a su art. 6, aun cuando lo podrían haber hecho incluso tácitamente¹⁶. Asimismo, VETUSTA, en su Respuesta a la Solicitud de Arbitraje no se pronunció sobre su aplicación al fondo del asunto. Sin embargo, ello es irrelevante ya que debe ser reconocida *ex officio*¹⁷. Por lo tanto, cualquier duda en cuanto a su aplicación debe resolverse a favor de ésta, máxime cuando, como es sabido, debe seguirse el principio de que, en caso de duda, ha de preferirse la aplicación de la Convención¹⁸.

iii. El contrato se rige por los Principios UNIDROIT

¹¹ En OLG Munich, de 3 de diciembre de 1999, se resuelve un caso en el que se aplican ambos apartados del art. 3. Por un lado, el comprador de una planta de ventanas debía proporcionar algunas herramientas y diseños (art. 3.1). Por otro, el vendedor había asumido como obligación posterior a la entrega el montaje de las partes de la planta (art. 3.2). El Tribunal reconoce la aplicación de la CCIM.

¹² En el laudo CCI 7660/1994 Se sostuvo que un contrato para la producción, entrega e instalación de una cadena completa de montaje de baterías se rige por el art. 3 CCIM.

¹³ HONNOLD párr. 58, HG Zurich, de 8 de abril de 1999

¹⁴ CISG-AC Opinión nº4, párr. 3.5

¹⁵ VAS-13520/2009, LG Munich 16 noviembre de 2000

¹⁶ *Weed killer case*

¹⁷ *Stove case*; MAGNUS párr. 128

¹⁸ CISG-AC, Opinión nº4, párr. 1.2

25. Conforme al Preámbulo de los Principios UNIDROIT (en adelante, “**UNIDROIT**” o “**Principios**”), éstos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho. La literalidad de la Cláusula 51 es clara (*Vid supra*).
26. Pues bien, no debe dudar el Tribunal en la aplicación de estos Principios cuando resulte procedente, en tanto que constituyen un componente central de las reglas generales y principios del Derecho Internacional¹⁹.
27. Con todo, conviene tener presente que los dos cuerpos normativos comentados contienen principios de derecho del comercio internacional como el de buena fe (arts. 7 CCIM y art. 1.7 UNIDROIT)²⁰. En este extremo, en atención a la literalidad de la Cláusula 51, la aplicabilidad de estos principios no requiere mayor justificación.

iv. La garantía se rige por las Reglas Uniformes de Garantías a Primera Demanda de la CCI y la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cargas de Crédito Contingente

28. En lo que respecta a la garantía a primera demanda, serán de aplicación (i) las Reglas Uniformes sobre Garantías a Primera Demanda de la CCI (en adelante, “**RUGD**”), que la propia garantía identifica como norma aplicable [*Doc. Sol. n°17*], y (ii) la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cargas de Crédito Contingente (en adelante, “**La Convención sobre Garantías**”). Ello es debido a que el establecimiento del garante donde se emite la garantía [*Doc. Sol. n°17*] se halla en un Estado contratante, Andina (art. 1.1) a), y a que la garantía cumple los requisitos para ser considerada *promesa internacional* conforme a los artículos 2 y 3 de la Convención (*Vid infra* párrs.161 y ss.).

v. Normas imperativas aplicables

29. Finalmente, como en todo conflicto jurídico, se deberán tener presentes las normas imperativas aplicables. En este sentido, será relevante la aplicación del Decreto Ministerial 7/2005 Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina [*Doc. Sol. N°7*], ya que servirá de apoyo para fundamentar la falta de diligencia de VETUSTA en el diseño del proyecto de construcción (*Vid infra* párr. 73).

ALEGACIONES DE LA PARTE PROCESAL

PRIMERA.- EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER TODAS LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE LAS PARTES

30. El Tribunal es competente para decidir las diferencias surgidas entre las partes en virtud de dos acuerdos arbitrales válidos, de los que REGENTA y VETUSTA son parte, contenidos en el Contrato y la Garantía. VETUSTA ha aceptado que las diferencias surgidas tanto del Contrato como de la Garantía se resuelvan en un mismo procedimiento arbitral al no haber cuestionado la jurisdicción del Tribunal en el Acta de Misión. Por tanto, el Tribunal será competente para, (A) la resolución de toda disputa o controversia en relación al Contrato; y (B) cualquier disputa que tuviera su origen en la garantía a primera demanda.

A. EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE TODA DISPUTA O CONTROVERSIA EN RELACIÓN AL CONTRATO

31. Todas las cuestiones surgidas entre las partes pueden someterse a arbitraje dado que (i) no existía obligación de acudir a los procedimientos prearbitrales previstos en el Contrato. Por otro

¹⁹ CCI 7110/1995, 7365/1997, 7819/1999, 12111/2003; LALIVE, p. 80: “Los principios UNIDROIT son una expresión particularmente autorizada y válida de la *lex mercatoria*”.

²⁰ RF CCI 18/2007

lado, para la resolución definitiva del conflicto, (ii) el Tribunal es competente para ordenar el cumplimiento específico, así como para acordar medidas coercitivas tendentes a asegurarlo. Finalmente, (iii) aunque REGENTA no lo solicita, esta parte admite que el Tribunal podría modificar el Contrato si fuera necesario para restablecer el equilibrio entre las partes.

i. No existía obligación de acudir a los procedimientos prearbitrales previstos en el Contrato

32. En el Derecho Internacional de la construcción, es frecuente la introducción de mecanismos prearbitrales a los que las partes deben acudir previamente antes de poder someter cualquier cuestión a arbitraje²¹. Sin embargo, REGENTA demostrará que, en el presente caso, la voluntad de las partes fue introducir estos mecanismos como instrumentos potestativos.
33. Dice el convenio arbitral contenido en la Cláusula 53 del Contrato: “***Toda disputa o controversia entre las partes en relación con este contrato se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (...)***”. (énfasis añadido).
34. La literalidad de la Cláusula 53 no exige que las partes hayan acudido a los mecanismos prearbitrales para poder someter sus diferencias a arbitraje, postura que se confirma mediante el análisis del doble régimen prearbitral previsto en el Contrato.
35. En efecto, en primer lugar, la Cláusula 5.1 [Doc. Sol. n°3] por la que se establece el régimen del Ingeniero, no determina que las partes tengan que acudir a él, sino que parece enunciar un deber de éste de actuar como mediador, reconociéndole la posibilidad de adoptar decisiones de carácter obligatorio. Por otro lado, más clara todavía es la Cláusula 21.1 referente al CAD, que establece: “***Si lo solicita una de las partes, cualquier controversia entre las partes podrá ser sometida al Comité (...)***” (énfasis añadido). En resumen, de la voluntad de las partes plasmada en el Contrato, de ningún modo puede sostenerse la obligatoriedad de acudir al procedimiento prearbitral. De cualquier manera, aun si se entendiera que era obligatorio acudir al Ingeniero y/o al CAD, no cambiaría la competencia del Tribunal, en tanto que REGENTA primero y VETUSTA después, han sometido sus diferencias a estos antes de acudir al presente procedimiento.
36. Finalmente, si se sostuviera que no todas las cuestiones sometidas a arbitraje han sido llevadas a prearbitraje cuando era formalmente lo estipulado, el Tribunal debe reconocer la arbitrabilidad de dichas cuestiones. Así se ha admitido cuando acudir al órgano prearbitral resulte inapropiado para hacer valer los derechos de una de las partes²². En este caso, el rechazo categórico a cumplir con las resoluciones a sabiendas de su obligatoriedad, así como las gratuitas acusaciones de parcialidad del Ingeniero y del Presidente del CAD vertidas por VETUSTA, no arrojan dudas sobre lo irrazonable que sería obligar a mi representada a acudir a un procedimiento con nulas posibilidades de que la Demandada lo siguiera y respetase.

ii. El Tribunal es competente para ordenar el cumplimiento así como medidas coercitivas para asegurarlo

37. La normativa aplicable al fondo de la disputa, en concreto, los arts. 46 y 62 CCIM y los arts. 7.2.1 y ss. UNIDROIT, admiten la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato²³. A la misma conclusión se llega mediante el análisis de la cláusula arbitral pues, independientemente de su redacción y salvo que las partes manifiesten lo contrario, ésta cubre todas las reclamacio-

²¹ STEIN, G. M.S. p. 210

²² ICC International Court of Arbitration Bulletin-Vol. 19/No. 2/2008

²³ Igualmente, se recoge en los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en su Sección 1 del Capítulo 9.

nes conectadas con el contrato²⁴. En este sentido, la práctica arbitral ha entendido que la expresión “*en relación con el contrato*”, contenida en la Cláusula 53, admite tanto que el Tribunal conozca sobre materias estrechamente relacionadas con el contrato, aunque no directamente reguladas en él, como, más abiertamente, su cumplimiento²⁵.

38. Otro argumento a favor de la posibilidad de ordenar el cumplimiento específico, más respetuoso quizás con la voluntad expresa de las partes²⁶, es la interpretación del reglamento de arbitraje elegido por ellas. En efecto, la referencia a unas determinadas reglas de arbitraje las incorpora y las hace prevalecer sobre otras disposiciones como fruto de la voluntad de las partes²⁷. El RA-CCI no recoge expresamente el poder de los árbitros para ordenar el cumplimiento forzoso. Sin embargo, puesto que reconoce en su art. 28 la competencia al Tribunal para acordar “*cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas*”, debe deducirse que las potestades concedidas con carácter cautelar existen también en el caso del laudo definitivo²⁸.
39. Finalmente, desde una perspectiva funcional, deben interpretarse los poderes del órgano arbitral en relación a su función principal: resolver de manera definitiva la controversia planteada por las partes²⁹. Por ende, el cumplimiento es consistente con la misión del Tribunal.
40. Siendo, además, la solución definitiva de la disputa el único objetivo de la Demandante, la adopción de medidas coercitivas, concretamente multas, resulta un instrumento idóneo en caso de incumplimiento, aparte de ser acorde con la tendencia contemporánea de reforzar la efectividad del proceso arbitral³⁰. Dicha posibilidad se contempla en el art. 7.2.4 UNIDROIT, que reza: “*Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden*”.

iii. Modificación unilateral del Contrato

41. La Demandante no solicita al Tribunal que modifique unilateralmente el Contrato. Si bien, es consciente esta parte de que en ocasiones puede ocurrir que la resolución definitiva de una controversia no pueda conseguirse mediante la indemnización de daños y perjuicios o la exigencia del cumplimiento de lo pactado³¹. En este sentido, hay ciertas experiencias que apuntan en la misma dirección, algunas pidiendo la autorización expresa de las partes y otras admitiendo tal “*remedy*” como potestad inherente del poder de los árbitros³².

B. COMPETENCIA PARA CONOCER TODAS LAS DISPUTAS SURGIDAS DEL AVAL BANCARIO A PRIMER REQUERIMIENTO

42. Las partes han acordado someter a arbitraje todas las disputas que tengan su origen en la garantía a primer requerimiento (la “**Garantía**”) [Doc. Sol n° 17]. Por lo tanto, el Tribunal es

²⁴ LEW/MISTELLIS/KRÖLL, párr. 7-67;

²⁵ CCI 9651/2000 En lo relativo a qué debe entenderse por “*en relación con*”. A la misma conclusión, esto es, que el tribunal tenía poder para ordenar el cumplimiento, se llegó en el laudo CCI 7453/1994 en el que la cláusula arbitral rezaba: “*All disputes arising in connection with de present contract shall be finally settled (...) by one arbitrator...*”

²⁶ RAMOS, p. 688

²⁷ REDFERN/HUNTER/ BLACKBABY/ PARTASIDES, p. 83

²⁸ RAMOS, “*The power of...*” p.108

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ LÉVY, p.24

³¹ Un ejemplo de ello es el caso *AMD v. Intel*. Las empresas habían concluido un contrato de cooperación por el que se comprometían a intercambiar tecnología. Después de algún tiempo, una de las compañías comenzó a actuar con reticencia en el cumplimiento de sus obligaciones. El árbitro entendió que se había alterado la relación de equilibrio entre las partes y para restablecerlo, ordenó a la parte incumplidora que otorgara una licencia de cierto producto, aunque el contrato no incluía ninguna especial referencia a este punto.

³² *SCM Corp. v. Fisher Park Lane*

competente tanto para ordenar medidas cautelares en relación a la Garantía como para ordenar el levantamiento de la reconocida indebidamente a VETUSTA (*Vid infra* 161 ss.).

ALEGACIONES DE LA PARTE SUSTANTIVA

SEGUNDA.- LA NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO. VETUSTA DEBE CONCLUIR LA OBRA SIN RECIBIR NINGÚN SOBREPREGIO

43. El Contrato es de los denominados “llave en mano” y, como es habitual en este tipo de contratos, el precio se determinó por un tanto alzado. Ello nos permite anticipar que la Demandada tenía y tiene la obligación de asumir cualquier sobre coste que sea necesario para entregar la fábrica según lo pactado.
44. A continuación, se analizarán (A) los motivos que justifican la calificación del Contrato como llave en mano; (B) los fundamentos que determinan que sea un contrato con precio alzado; y (C) las consecuencias que tales consideraciones jurídicas implican para la resolución de este arbitraje, estas son, que la Demandada está obligada a asumir cualquier sobre coste que pudiera surgir en la ejecución de la obra.

A. EL CONTRATO ES DE TIPO LLAVE EN MANO

i. Definición y origen del contrato de llave en mano

45. El contrato de construcción llave en mano se define como aquella modalidad de contrato de obra por la que el contratista se obliga frente al cliente a instalar y entregar una fábrica o planta industrial en condiciones de ser utilizada³³.
46. El origen de esta modalidad se encuentra en el proceso de industrialización de los países en vías de desarrollo y en su falta de tecnología y medios técnicos necesarios para la ejecución³⁴, lo que exige la intervención de contratistas extranjeros que cuentan con contrastada experiencia y medios. En las últimas décadas, los contratos llave en mano se han consolidado en la práctica internacional, llegando a convertirse en la modalidad más utilizada en proyectos de construcción a gran escala en los sectores de la energía, petróleo, gas, transporte, agua y telecomunicaciones³⁵.
47. Los contratos llave en mano se caracterizan por proporcionar: (i) una única fuente de responsabilidad por la totalidad del proyecto; (ii) un precio fijo, de tal forma que los costes extra en los que se incurriera durante la ejecución corren a cargo del contratista, que se beneficiará si logra construir más barato; y (iii) un plazo fijo de entrega, que de incumplirse conllevará la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, incluido el lucro cesante³⁶. En este tipo contractual el contratista asume una obligación global de resultado, tal y como reconoce la mayoría de la doctrina en materia de contratación internacional³⁷.
48. En 1999 FIDIC elaboró el *Silver Book*, el modelo de contrato de llave en mano más extendido en la práctica internacional. Según la nota introductoria a la primera edición, se usa para proyectos de plantas industriales donde se requiere un mayor grado de certeza sobre el precio final y el plazo de entrega, y en los que el contratista asume una responsabilidad completa por el diseño y la ejecución del proyecto³⁸. El FIDIC *Silver Book* inspira, sin duda, algunas cláusulas

³³ REIG FABADO, p. 113

³⁴ SERRANO, p. 153

³⁵ McNAIR, p. 1

³⁶ *Ibidem.* p. 4

³⁷ REIG FABADO, p. 114

³⁸ BAKER/MELLIORS/CHALMERS/LAVERS, p. 21

del Contrato, por lo que las consideraciones y principios allí previstos resultan plenamente aplicables al presente arbitraje.

ii. El Contrato es de tipo llave en mano

49. El Contrato posee todas las características propias de los contratos llave en mano. Según lo estipulado, VETUSTA se comprometió a entregar (en el plazo improrrogable de dos años) una planta de cemento con toda la maquinaria, sistemas y herramientas necesarias para la fabricación de cemento portland de calidad conforme a la norma ATSM C 150 [*Sol. Arb. párr. 14*] (Cláusula 22 del Contrato).
50. Las obligaciones asumidas por la Demandada en relación con el proyecto se establecieron en la Cláusula 4.1 del Contrato: proveer de todos los documentos, bienes, mercancías, personal o servicios necesarios para diseñarlo, ejecutarlo, completarlo y subsanar cualquier defecto. Es más, VETUSTA está obligada a realizar cualesquiera otros trabajos necesarios para cumplir con lo dispuesto, *“incluidos aquellos que no figuran expresamente, si implícitamente son necesarios para la completitud del proyecto y su apropiado y correcto funcionamiento”*. Esta Cláusula es una traducción literal de la Cláusula 4.1 del FIDIC *Silver Book*, por lo que el significado dado en la práctica internacional a tales términos es idéntico al dado a la Cláusula FIDIC. En la medida en que incluyeron esta cláusula en el Contrato, se deduce que partes quisieron que se interpretara en el mismo sentido.
51. Resulta evidente que VETUSTA asumió como una obligación de resultado la entrega de la fábrica en condiciones de producir cemento de la calidad pactada, con independencia de que los trabajos que debiera realizar fueran o no predecibles. Esta interpretación coincide con la que hace la práctica internacional de la misma cláusula del FIDIC *Silver Book*³⁹.

B. EN EL CONTRATO SE PACTÓ UN SISTEMA DE PRECIO ALZADO

i. Definición de precio alzado y su uso en los contratos de llave en mano

52. En los contratos con precio alzado o cerrado el contratista recibe exclusivamente la cantidad fijada en el contrato. El precio no se ajusta en ningún caso durante la ejecución del proyecto, por lo que el contratista asumirá cualquier desvío en los costes previstos, sea por aumentos de materiales, bienes u horas de trabajo o por otros motivos⁴⁰. La práctica judicial y, en concreto, la arbitral bajo el reglamento de la CCI, son reacias a conceder incrementos en el precio de un contrato con precio alzado, si aquellos no están previstos en el contrato⁴¹.
53. El riesgo que asume el contratista aceptando un precio alzado se compensa de dos formas. Por un lado, el precio incluye, además del valor de las prestaciones y del beneficio del contratista, una suma adicional en previsión de las eventuales variaciones en los costes, de forma que el contratista suele fijar su propuesta económica definitiva dando cobertura a esos riesgos. Por otro, en el propio contrato suelen incluirse cláusulas tales como las *variation clauses*, *hardship*

³⁹ BAKER/MELLIORS/CHALMERS/LAVERS, p. 60.

⁴⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ/ROJAS TAMAYO, p. 17.

⁴¹ Así, el laudo CCI 3267/1979 en relación con un contrato de precio alzado determina que el precio sólo podrá modificarse en los casos previstos en el contrato, y en ninguno más, pues son taxativos. En el mismo sentido el laudo CCI 4629/1989 estableció que *“la práctica judicial es extremadamente restrictiva”* a la hora de aceptar aumentos de un precio alzado. El Código Suizo de Obligaciones en su art. 373.1 es tajante al respecto: *“In case a contract price has been fixed the contracts must perform the work for the fixed amount; he will not be permitted to claim a higher amount even if more work costs were involved than were anticipated”*. Sólo si la ejecución del contrato se ha tornado imposible pueden los tribunales aumentar el precio, pero nunca puede hacerlo unilateralmente el contratista. En nuestro caso, ni se ha tornado imposible ni VETUSTA ha acudido a los tribunales, sino que ha solicitado al Tribunal arbitral que se declare incompetente para modificar el contrato.

clauses o cláusulas de fuerza mayor que permiten al contratista, en casos excepcionales, acudir a un procedimiento de variación para tratar de compensar su sobrecoste.

54. La propia naturaleza de los contratos llave en mano hace que en ellos resulte casi obligatorio determinar el precio de forma alzada, pues la elaboración detallada del proyecto la realiza el contratista tras la firma del contrato⁴². De no establecerse precio alzado los costes podrían dispararse, bien porque el proyecto haya costado más de lo inicialmente previsto, bien porque el contratista sostenga que le ha costado más. Sólo ocasionalmente en la práctica internacional se determina que el precio alzado se combine con precios unitarios⁴³. Según el modelo de contrato de llave en mano del FIDIC *Silver Book* el precio será alzado (Cláusula 1.1.4).

ii. El Contrato establece un precio alzado

55. En el Contrato se pactó un precio alzado. Son dos las razones que lo justifican: (i) es el método habitual y común en los contratos llave en mano; y (ii) de las cláusulas pactadas en el Contrato, no puede desprenderse otra conclusión.
56. En el Contrato se estableció un precio cerrado de 160 M€, sin acordarse ninguna cláusula de modificación, por lo que la voluntad de las partes fue clara y evidente. Los únicos riesgos que debía asumir REGENTA, según el Contrato, son los contenidos en la Cláusula 18.4, que constituyen prácticamente riesgos de fuerza mayor, sin que ninguno de ellos concurra en este caso. A la hora de interpretar este Contrato se debe aplicar el principio general del derecho “*expressio unius est exclusio alterius*”, que significa que la inclusión de una determinada clase de riesgos excluye todos aquellos no incluidos expresamente.
57. Con este fundamento, REGENTA nunca aceptó variación alguna en el precio, por entender que las obligaciones de las que pretendía librarse VETUSTA estaban ya incluidas en el precio final y que todos los cambios en el proyecto se aceptaron siempre bajo condición de que “*la obra se terminase en la forma y plazo acordado*” [Doc. Sol. n° 5].

C. VETUSTA DEBE ASUMIR CUALQUIER SOBRECOSTE DE LA OBRA

58. La consecuencia de que el Contrato sea de tipo llave en mano y de precio alzado es (i) que la Demandada está obligada a efectuar las correcciones que requiera el proyecto sin percibir ningún sobreprecio, pues como analizaremos (ii) no cabe aplicar a este caso la doctrina de la excesiva onerosidad en los contratos.

i. La Demandada está obligada a efectuar a su cargo las correcciones necesarias

59. El Contrato debe interpretarse conforme a la voluntad de las partes. Si ésta no puede establecerse “*se interpretará conforme al significado que le habrían dado personas razonables de la misma condición*” (art. 4.1.2 UNIDROIT). En la aplicación de este artículo deben considerarse todas las circunstancias pertinentes al caso, entre otras, los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato y el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial (art. 4.3 UNIDROIT; art. 8.3 CCIM).
60. Como se ha expuesto, la Demandada asumió en el Contrato una obligación de resultado frente a la Demandante. Cuando una parte asume la obligación de alcanzar un resultado específico, está obligada a alcanzarlo (art. 5.1.4 UNIDROIT). Por ello, si los cambios eran realmente indispensables para la adecuada consecución del proyecto, la Demandada estaba obligada a realizarlos en cualquier caso. Las partes determinaron además un precio alzado que recibiría la Demanda-

⁴² SERRANO, p. 153.

⁴³ SHAPIRO, p. 5.

da a la luz de los riesgos del contrato. Cobrar un precio alzado y, una vez materializados esos riesgos, negarse a asumir el sobre coste es contrario al principio de la buena fe y lealtad comercial (art. 1.8 UNIDROIT).

61. Es más, como se ha analizado anteriormente, resultan de aplicación los principios y doctrina derivados de FIDIC *Silver Book*. Así, conviene destacar que la Cláusula 4.12 del *Silver Book* establece que el riesgo de las condiciones adversas del terreno corresponde al constructor. Por ello, el contratista debe ocuparse de obtener toda la información necesaria relativa a los riesgos y demás circunstancias que puedan afectar a los trabajos pues, con la firma del Contrato, asume toda la responsabilidad y costes que se deriven de las dificultades imprevisibles que surjan. El precio del contrato el precio no se ajustará en ningún caso para tenerlas en cuenta.
62. Tras suscribir el Contrato, REGENTA desembolsó la apreciada cantidad de 40 M€ como anticipo y comenzaron las obras. Pocos días después, VETUSTA comunicó que resultaba imprescindible acometer cambios en el proyecto, sin solicitar ningún aumento de precio. VETUSTA hizo creer a mi representada que los cambios en el proyecto estaban incluidos en el precio. Sin embargo, tres meses después, VETUSTA reclamó a REGENTA un incremento de un 30% del precio del Contrato, lo que justifica su improcedencia, por contravenir las cláusulas contractuales y los principios generales de contratación internacional (*Vid supra*).
63. En cualquier caso, el precio del Contrato se fijó incluyendo la posibilidad de que la Demandada encontrase condiciones adversas en el terreno en la ejecución de la obra. Por ello, la Demandada debe efectuar a su costa las correcciones que sean necesarias para la correcta finalización del proyecto. Al no hacerlo, incumple el Contrato y deberá indemnizar a mi representada en los términos que posteriormente se expondrán.
64. Por último, el Ingeniero y el CAD han ratificado la tesis sostenida por mi representada en este arbitraje. El informe del Ingeniero determinó que “*se debe concluir que es obligación de VETUSTA asumir los gastos adicionales derivados por los cambios en el proyecto inicial*”. Por su parte, el CAD sostuvo que “*su reticente negativa a acometer dichas mejoras constituye un claro incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato*”.

ii. No puede apreciarse excesiva onerosidad

65. VETUSTA debe asumir cualquier sobre coste en la construcción de la planta de cemento, en virtud de lo pactado en el Contrato. Esta conclusión no puede ser en ningún caso enervada mediante la aplicación de la doctrina de la excesiva onerosidad de los contratos, cuyos requisitos no concurren en el presente caso.
66. Los arts. 1.3 y 6.2.1 UNIDROIT recogen el aforismo *pacta sunt servanda* sobre la obligatoriedad del Contrato. Según este precepto: “*cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre excesiva onerosidad*”.
67. En otras palabras, los términos del Contrato deben ser respetados aún en el supuesto de que una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba⁴⁴. La aplicación de la doctrina de la excesiva onerosidad o “*hardship*” sólo procede en casos verdaderamente excepcionales, aunque ello suponga para las partes una carga mayor de la vislumbrada en el momento de celebrarse el contrato⁴⁵.
68. Ahora bien, para que concurra excesiva onerosidad, el art. 6.2.2 UNIDROIT requiere que: “*el equilibrio del contrato sea alterado de modo esencial (...) bien porque el costo de la prestación*

⁴⁴ DOMINGO (dir) p. 189

⁴⁵ GUTIÉRREZ DE LARRAURRI p. 19

a cargo de una parte se haya incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe haya disminuido, y: (...) (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (...) (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.”. (énfasis añadido)

69. El requisito recogido en el apartado (d) no concurre, ya que, si una de las partes asumió de forma expresa o implícita (por la naturaleza del Contrato) cierto riesgo concreto, se asume que éste forma parte del contenido del negocio y del equilibrio prestacional, por lo que no podría invocarse como un riesgo configurador del *hardship*⁴⁶. Dado que el Contrato fue un contrato llave en mano con precio alzado, el riesgo del mayor coste que pudiera conllevar la construcción debe ser asumido por VETUSTA. Tampoco concurre la premisa del apartado (b) ya que VETUSTA podía y debía haber tenido en cuenta la posibilidad de que aparecieran esas aguas subfreáticas que obligaran a reforzar y la cimentación, de manera que, de haber actuado diligentemente, VETUSTA habría previsto tales eventos, tal y como se explica de manera más detallada más adelante (*Vid. infra*).
70. Al no concurrir los requisitos que se establecen en estos dos apartados, (b) y (d), no puede apreciarse excesiva onerosidad y por tanto resulta de aplicación la regla general del art. 6.2.1 (*Vid. Supra*) por lo que VETUSTA ha de asumir el sobrecoste que le pudieran causar los cambios introducidos en el proyecto.

TERCERA.- VETUSTA NO HA CUMPLIDO CON LA DEBIDA DILIGENCIA SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. LAS CORRECCIONES A REALIZAR EN LA OBRA SON CONSECUENCIA DIRECTA DE SUS INCUMPLIMIENTOS

71. VETUSTA debe realizar a su costa las correcciones necesarias, por cuanto (A) todas ellas fueron consecuencia directa de su negligencia al cumplir el Contrato; y, (B) que VETUSTA no acudió al procedimiento de variación pactado y contravino la apariencia jurídica creada.

A. NEGLIGENCIA DE VETUSTA AL NO EMPLEAR LOS MEDIOS NECESARIOS EN EL ESTUDIO GEOTÉCNICO. ERA PREVISIBLE ENCONTRAR DIFERENCIAS EN EL TERRENO AL COMENZAR A EXCAVAR

72. A pesar de que VETUSTA defiende el carácter imprevisible de la corriente de agua, esta parte demostrará que dicha imprevisibilidad fue fruto de su actuación negligente como consecuencia de que VETUSTA incumplió el Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina (en adelante, “Decreto Ministerial”), entre otra normativa aplicable. En consecuencia, dado que la Demandada no realizó una comprobación completa y exhaustiva de la superficie a construir, VETUSTA no empleó la diligencia debida.
73. VETUSTA realizó un estudio geotécnico del terreno con anterioridad al comienzo de las obras [*Ord. Pro. n° 2, preg. 11*]. Para su realización, VETUSTA empleó las siguientes técnicas: 1) métodos de sondeo mecánico⁴⁷, 2) pruebas continuas de penetración y 3) ensayos de laboratorio consistentes en un examen más detallado de las muestras obtenidas en los sondeos [*Sol. Arb. párr. 19*].
74. Sin embargo, VETUSTA en ningún momento hizo uso de las técnicas geofísicas exigidas en el Anexo B del Decreto Ministerial [*Doc. Sol. Arb. n° 7*]. A diferencia de otras técnicas (sondeos mecánicos, pruebas de penetración y ensayos de laboratorio) que son métodos de carácter puntual basadas en la realización de una perforación en el terreno en una serie de puntos, las técnicas geofísicas tienen la ventaja de estar basadas en sistemas de detección no puntuales.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 32

⁴⁷ MUELAS RODRÍGUEZ, p. 19

75. VETUSTA debió haber empleado métodos geofísicos como el georadar, consistente en la propagación de ondas electromagnéticas en el subsuelo que, tras estudiar el terreno, se reflejan hacia la superficie donde sus características son medidas por una antena receptora⁴⁸. La aplicabilidad de esta serie de técnicas se extiende a la “*estratigrafía del subsuelo, profundidad de la roca, localización del nivel freático, detección de cavidades, fracturas y fallas*” (énfasis añadido). Estas técnicas geofísicas eran las que exigía el Anexo B del Decreto Ministerial cuando se fuera a realizar una obra sobre una superficie de gran dimensión (una planta de cemento), y de este modo fijar la correcta distancia y profundidad de los puntos de reconocimiento. Así lo reconocieron el Ingeniero [*Doc. Sol. Arb. n° 11*] y el CAD [*Doc. Sol. Arb. n° 12*].
76. La Demandada estaba obligada a realizar una comprobación exhaustiva de las características de la superficie a construir por la distinta calificación de los suelos cercanos. Al no llevarlas a efecto, VETUSTA no cumplió con la diligencia debida.
77. Por otro lado, VETUSTA, con carácter previo a la realización del estudio geotécnico, solicitó del Ayuntamiento de Olías del Cuervo los estudios sobre los terrenos cercanos. Dos de éstos calificaban el suelo como de tipo S-B, uno de ellos como S-A y otro como suelo especial o S-C [*Ord. Pro. n° 2, preg. 5*], todos ellos con arreglo al Decreto Ministerial. Esta clasificación de los suelos reproduce textualmente las especificaciones del Código Técnico de Edificación español⁴⁹. Así, los suelos de tipo C se corresponden con aquellos terrenos desfavorables que poseen unas dificultades especiales en cuanto a su construcción, siendo los de tipo B aquellos de dificultad intermedia que presentan algo de variabilidad y los de categoría A aquellos favorables y exentos de complicaciones.
78. En función de la tipología de cada suelo se debería realizar un número de puntos con una mayor o menor cercanía y profundidad. Así lo establece el propio Decreto Ministerial (apartado Estudio del terreno) cuando señala que “*el número y profundidad de los reconocimientos deberá permitir el correcto conocimiento de la zona donde se pretende construir*”. Por su parte, el Eurocódigo 7 de AENOR⁵⁰, normativa reguladora de los estudios geotécnicos a escala europea y cuya importancia radica en que constituye la única norma en la materia más allá de la propia de cada Estado, establece en su art. 4.3.2 que “*deberían llevarse a cabo comprobaciones más detalladas para emplazamientos en los que se conozcan o sospechen variaciones significativas del tipo de terreno y de su permeabilidad*”.
79. En consecuencia, desde el momento en que uno de los estudios del Ayuntamiento de Olías del Cuervo calificaba el suelo como de dificultad especialmente elevada (pues se trataba de un suelo kárstico), VETUSTA debió haber llevado a cabo comprobaciones y estudios adicionales para comprobar que no era de tipo S-C.
80. La diligencia debida exigía establecer los puntos a una mayor distancia y profundidad, lo que hubiera permitido detectar la corriente de agua subfreática. El deber de diligencia del constructor es el de llevar a cabo razonablemente bien el proyecto, entendiéndose como tal “*la proyección de diligencia razonable y llevar a cabo el nivel de habilidad y diligencia que un profesional del mismo sector normalmente ejercería en circunstancias similares*”⁵¹.
81. Por último, dado que el contrato es del tipo llave en mano y precio alzado, la Demandada no debió basar su decisión técnica exclusivamente en las conclusiones del propio Ayuntamiento o de las autoridades de Andina (dado que dispone de un sector de la construcción un poco evolucionado [*Sol. Arb. párr. 12*]), que podrían ser poco fiables, sesgadas y conducir a conclusiones

⁴⁸ JORDÁ BORDEHORE, p. 2

⁴⁹ Real Decreto 314/2006 de 17 de marzo

⁵⁰ UNE-EN 1997-1

⁵¹ DEWEY DRUMBACK

equivocadas. Más aún, cuando la doctrina establece la obligación del constructor de tratar a cada obra teniendo en cuenta sus particularidades y caracteres distintivos⁵².

B. VETUSTA NO ACUDIÓ AL PROCEDIMIENTO DE VARIACIÓN PACTADO EN EL CONTRATO Y, ADEMÁS, LA DEMANDADA ACTUÓ EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS

82. A mayor abundamiento, aún en el hipotético supuesto de que VETUSTA hubiese actuado diligentemente a la hora de efectuar los estudios pertinentes, no cumplió con lo dispuesto en el Contrato y, además, contravino sus propios actos.
83. A continuación, acreditaremos que: (i) VETUSTA no acudió al procedimiento de variación pactado en el Contrato exigido según el Contrato, la CCIM., los principios UNIDROIT, y las cláusulas modelo FIDIC y, (ii) la Demandada contravino las exigencias de la buena fe contractual al actuar en contra de sus propios actos.

i. VETUSTA no acudió al procedimiento de variación pactado en el Contrato y exigido en la normativa internacional

84. La larga duración de los contratos internacionales de construcción, unido a las continuas fluctuaciones de las relaciones económicas internacionales en las que éstos se desenvuelven, son factores que justifican que se incluyan una serie de cláusulas destinadas a regular posibles alteraciones que se produzcan durante su ejecución, ya sea fruto de la propia voluntad de las partes, o bien de acontecimientos imprevisibles⁵³. Así, se establece una distinción entre las modificaciones introducidas en el proyecto como consecuencia de mayores poderes concedidos al contratista (debido a que la fijación definitiva de la obra tiene lugar después de la conclusión del Contrato), y las denominadas “*variations*”.
85. A diferencia de estas últimas, las primeras no necesitan la aprobación del cliente y no dan derecho a una compensación de los costes extraordinarios ni del tiempo empleado en su realización.⁵⁴ De acuerdo con esta distinción, parece claro que los cambios propuestos por VETUSTA se encuadran dentro del tipo de modificaciones “*introducidas en el proyecto como consecuencia de mayores poderes concedidos al contratista*” y que por lo tanto “*no dan derecho a una compensación de los costes extraordinarios*” ya que, de no ser así, la Demandada hubiera acudido al procedimiento de variación previsto en el Contrato⁵⁵.
86. Las cláusulas pactadas relativas al procedimiento de variación son: la Cláusula 10.2, en la que se determina que: “*cuando los riesgos y costes derivados de un defecto no son atribuibles al constructor, éste deberá notificárselo al propietario de acuerdo con el procedimiento de variación*”, (Cláusula 12.3) donde se recoge la forma que estrictamente ha de contener este procedimiento: “*i) Propuesta sobre la variación (...) ii) Propuesta sobre la modificación del programa de ejecución que como consecuencia de la variación pudiera suponer una modificación y; iii) Propuesta sobre el ajuste del precio del contrato.*” (énfasis añadido)
87. Además, la obligación de cumplir el procedimiento de variación para todas las modificaciones que se efectúen no se deriva únicamente del Contrato, sino además de las normas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Así, en el art. 29.2 CCIM y en el art.

⁵² VALLEJO, p. 105 “*La estructura de cada obra responde a un diseño diferente y su construcción demanda una tecnología propia, lo cual significa tener que prever y regular aquellas situaciones vinculadas a su particularismo y que no necesariamente están cobijadas por la experiencia pasada o por lo que se ha hecho en otras obras, aunque parezcan similares*”

⁵³ HERNANDEZ RODRÍGUEZ, p. 189.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 191

⁵⁵ JENKINS/STEBBINGS, p. 35

2.1.18 UNIDROIT se establece que un contrato escrito, que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular, no podrá modificarse o extinguirse de otra forma. En el Contrato se pactaron dichas Cláusulas (10.2 y 12.3) de manera que, tal y como ha sido destacado por la doctrina, en estos artículos se “*establece la regla de que dicha cláusula convierte en ineficaz toda modificación o extinción del contrato que no se encuentre revestida de la forma en particular que se requiere*”⁵⁶.

88. Además, las cláusulas modelo FIDIC recogen la existencia de tal procedimiento, estableciendo unos requisitos muy claros y concretos que han de respetarse para acudir a él. En concreto aparece regulado extensamente en el capítulo 13 del FIDIC *Silver Book*, dedicado específicamente a la “*Variación y ajustes*” del contrato. Lo que supone una muestra más de la importancia lógica del mismo, el cual pretende garantizar en última instancia el mayor respeto posible a la voluntad inicial de las partes. En todo caso, las cláusulas modelo FIDIC⁵⁷ disponen que la falta de notificación por parte del constructor liberaría al empleador de cualquier responsabilidad.
89. En el presente caso, el procedimiento de variación tendría que haberse respetado. La magnitud e importancia de la modificación del precio, concretamente aumentándolo en un 30%, 48M€, exigía un comportamiento especialmente diligente a VETUSTA. La omisión de la tramitación de este procedimiento contraviene cualquier exigencia profesional y, más aún, de una empresa del prestigio y la experiencia de VETUSTA. Por ello, la mera notificación de esta modificación por correo electrónico (sin incluir siquiera una propuesta detallada de los nuevos costes, limitándose a mostrar una estimación somera de los costos adicionales [*Orden pro. nº2, preg. nº 12*], incumpliendo los cauces contractualmente previstos, debe ser rechazada.

ii. La Demandada ha actuado de manera contraria a las exigencias de la buena fe contractual en contra del principio “venire contra factum proprium”

90. VETUSTA hizo creer a REGENTA que iba asumir los costes adicionales de la obra, dada cuenta que, en ningún momento, le reclamó estos costes, ni acudió al procedimiento de variación pactado. Más aún cuando nos encontramos ante un Contrato de llave en mano con precio alzado (*Vid. párr. 45 y ss.*).
91. En consecuencia, la Demandada actuó de manera contraria a las exigencias de la buena fe que operan en los contratos internacionales. Y ello, porque no fue hasta que REGENTA aceptó los cambios propuestos en el correo electrónico hasta que la Demandada no comunicó a mi representada que era ella quien tenía que asumir este sobrecoste. VETUSTA actuó contrariamente al entendimiento razonable que en mi representada había suscitado.
92. Todo lo anterior constituye un comportamiento que vulnera el principio general de que “*una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja*” (*Venire contra factum proprium*) (art. 1.8 UNIDROIT).

CUARTA.- LA PARALIZACIÓN DE LAS OBRAS POR PARTE DE VETUSTA SUPONE UN NUEVO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

93. VETUSTA incumplió el contrato al paralizar las obras. Se explicará por qué: (A) el plazo era un elemento determinante del Contrato y (B) que, por tanto, la paralización de las obras por la Demandada supuso un incumplimiento.

A. EL PLAZO ERA UN ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO

⁵⁶ DOMINGO, p. 66

⁵⁷ *Ibidem*, 17.4 p. 275: “...If the Contractor fails to give notice of a claim (...) the Contractor shall not be entitled to additional payment, and the Employer shall be discharged from all liability in connection with the claim”

94. Como ya expusimos en los hechos de esta demanda (*Vid supra* párr. 1), la elección de VETUSTA por REGENTA se debió a su compromiso de finalizar las obras en tan sólo 2 años.
95. Mi representada, a través de la construcción de esta nueva planta de cemento en Olías del Cuervo, buscaba aprovecharse de las altas expectativas económicas existentes en las ciudades de Vegallana y de Frigilis y sus alrededores, pues la que tenía carecía de la capacidad suficiente como para cubrir la creciente demanda de cemento de esta zona [*Sol. Arb. párr. 8*]. Cuanto más tiempo emplease en su construcción, más pérdida de rendimientos para REGENTA. Por ello, la importancia de que VETUSTA cumpliera en el plazo previsto era un elemento esencial para que REGENTA formalizase el Contrato.

B. LA DEMANDADA INCUMPLIÓ EL CONTRATO AL PARALIZAR LAS OBRAS

96. A continuación, se explicará por qué (i) resulta imposible que VETUSTA cumpla con el plazo pactado para la finalización de la obra y (ii) que el incumplimiento del plazo constituye un incumplimiento esencial del Contrato.

i. Los actos de VETUSTA han hecho imposible cumplir con el plazo

97. El comienzo de las obras tuvo lugar en mayo del año 2011 [*Sol. Arb. párr. 17*]. La fecha desde la que hemos de contar el plazo de dos años en el que VETUSTA debería tener finalizada la planta de cemento no es otra que la fecha de comienzo de las obras, ya que así lo ha venido estableciendo la doctrina⁵⁸.
98. Si realizamos los correspondientes cálculos, podemos ver cómo resulta inviable que la planta vaya a estar finalizada en mayo del año 2013 (dos años desde la fecha de comienzo de las obras) ya que se requerirán, al menos, 1 año y 4 meses a contar desde el día de hoy, los correspondientes a las dos fases restantes para la terminación de la construcción. Todo ello nos habla del mes de septiembre del año 2013 como primera fecha posible en la que la obra puede estar terminada.
99. En consecuencia, los incumplimientos contractuales expuestos, totalmente imputables a VETUSTA, tienen como efecto que la obra se encuentra paralizada y sin terminar [*Ord Pro. n°2, preg. 20*], lo que impide cumplir con el plazo pactado.

ii. El incumplimiento del plazo constituye un incumplimiento esencial del Contrato

100. El art. 25 CCIM define “incumplimiento esencial” como aquel que cause un perjuicio a la otra parte que le prive de recibir lo que tenía derecho a obtener del Contrato. Para ser esencial, debe afectar a las expectativas contractuales de la Demandante⁵⁹, lo que sin duda se da en este caso. La doctrina defiende que “*cuando el momento de la ejecución tiene importancia esencial por haberse así contratado o por circunstancias evidentes, supone la demora en sí misma un incumplimiento esencial*”⁶⁰. Ya ha quedado demostrada la importancia que para mi representada tenía que la planta estuviera finalizada en plazo, lo que *significa que VETUSTA, al no concluir la obra en los dos años desde el inicio de las obras, ha incumplido el Contrato*.
101. En este mismo sentido, el art. 8.1.03 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos expone que “*El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (...) (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato*”. En este caso, VETUSTA privó a REGENTA de lo que podía esperar del Contrato, esto es, recibir una planta de cemento construida en el plazo pactado.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 239

⁵⁹ Compendio de jurisprudencia relativo a la CCIM

⁶⁰ Caso CLOUT No 275

102. Asimismo, la cláusula 8.2 del *Silver Book* de FIDIC establece que la obligación que asume el constructor de terminar el trabajo en el plazo establecido es una de las más importantes en un contrato de construcción. Muestra de la relevancia de la misma es que los *Red, Yellow, Gold* y *Silver Books* de FIDIC incluyen una cláusula que expresa esta obligación⁶¹. Dado que VETUSTA no ha cumplido con su obligación en plazo, ha incumplido una de las obligaciones principales del Contrato.

QUINTA.- EL SOBRECOSTE CAUSADO A VETUSTA POR LAS MANIFESTACIONES DE LA POBLACIÓN Y LA HUELGA DE LOS TRABAJADORES DEBE SER ASUMIDO POR LA DEMANDADA

103. En este apartado se abordará, en primer lugar (A) qué debe entenderse por fuerza mayor y el riesgo contractual asumido por las partes a la luz de la voluntad pactada en el Contrato y los usos y costumbres internacionales; en segundo lugar, (B) se analizará si las manifestaciones de la población y la huelga de los trabajadores del constructor ocurridos en el mes de agosto 2011 pueden considerarse una causa de fuerza mayor que pueda exonerar a la Demandada de cumplir con el Contrato, o pueda generarle un derecho a un incremento del precio; y, por último, (C) se estudiará si aunque fuera considerado una causa de fuerza mayor, VETUSTA no tendría derecho a recibir un incremento de precio inicialmente pactado en el Contrato.

A. DEFINICIÓN DE FUERZA MAYOR VS RIESGO DEL CONTRATO

i. Concepto de fuerza mayor, las fuentes normativas y sus presupuestos

104. Por *fuerza mayor*, se entiende cualquier circunstancia o hecho que sea imprevisible e insuperable, ajeno a la voluntad de las partes, que impida provisional o definitivamente el cumplimiento del contrato⁶².
105. Para determinar si un determinado hecho puede considerarse *fuerza mayor*, se debe acudir en primer lugar a la voluntad pactada por las partes en el propio Contrato⁶³. En efecto, en virtud de la autonomía de la voluntad⁶⁴, reconocida en el art. 1.1 UNIDROIT, las partes tienen la potestad para incluir o excluir en el contrato si una concreta circunstancia es considerada o no hecho de fuerza mayor⁶⁵. Adicionalmente, se debe acudir a los usos y costumbres internacionales, de los que destacamos los principios FIDIC como uno de los más usados en los contratos internacionales de construcción⁶⁶.
106. Los presupuestos de una causa de fuerza mayor son principalmente los siguientes⁶⁷: en primer lugar, la imposibilidad de evitar el hecho dañoso⁶⁸, en el sentido de que es una circunstancia que dificulta el cumplimiento de la obligación o lo hace más oneroso. La causa que imposibilite una prestación del contrato debe ser objetiva, firme y absoluta, si bien debe ser acreditada⁶⁹. La

⁶¹ BAKER/MELLORS/CHALMERS/LAVERS

⁶² REIG FABADO pp. 444-447; BRUNER, pp. 75-77; ICC Bulletin p. 52; DIEZ PICAZO/GULLÓN, p. 646.

⁶³ RIVKIN, p. 58./ BLOCK, p. 10

⁶⁴ PERALES VISCASILLAS, Sec. III. 1: “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.

⁶⁵ GUÍA CNUDMI p. 168: “...en la negociación de la cláusula del acuerdo de comercio compensatorio relativa a los impedimentos exonerantes (...) las partes gozan de autonomía para excluir de la lista de impedimentos exonerantes, algunos hechos que estén calificados como impedimentos exonerantes en la ley aplicable y para incluir otros hechos que no estén así calificados.”

⁶⁶ REIG FABADO pp. 215-225

⁶⁷ Art. 7.1.7 UNIDROIT: “El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.”

⁶⁸ ICC Bulletin p. 53

⁶⁹ CCI 1782/1973

imposibilidad del constructor por motivos subjetivos de cumplir con una determinada obligación (e.j. por falta de medios humanos y materiales) no reuniría tales requisitos. En segundo lugar, la imprevisibilidad⁷⁰, en el sentido de aquellos hechos o circunstancias que no pudieron ser tenidos en cuenta por las partes en el momento de la firma del contrato⁷¹. Para determinar si un hecho es previsible o no deberá acudirse al criterio de un experto que verifique si la actuación del constructor se ajustó a los cánones de diligencia profesional correspondiente (“*standard of care*”)⁷².

ii. Las causas de fuerza mayor previstas en el Contrato y en las cláusulas FIDIC

107. Como se ha analizado, se debe acudir a los términos del propio Contrato para determinar si los hechos alegados por VETUSTA pueden ser considerados fuerza mayor. En primer lugar la Cláusula 20.7 del Contrato [*Doc. Sol. n°3*] establece que: “(...)se entenderá por fuerza mayor todo hecho o circunstancia que i) esté fuera de control de la parte que lo alega, ii) sea imprevisible, iii) no haya podido ser evitado y iv) no sea atribuible a la otra parte”. Las propias partes fijaron específicamente algunas causas de fuerza mayor tales como: “(...) motines, tumultos, desordenes, huelgas o cierre de patronal cuando no sean del personal del constructor(...)”. Este listado de causas coincide con las previstas en la Cláusula 19 de FIDIC tanto de Silver Book como Red Book.
108. Ahora bien, se pactó que, en caso de que concurriera una causa de fuerza mayor, el constructor deberá notificar estos hechos a la otra parte so pena de que la parte incumplidora deberá indemnizar los daños y perjuicios causados. La obligación de notificar la existencia de una causa de fuerza mayor a la otra parte, se contempla también en el art. 7.1.7 UNIDROIT.
109. Por su parte, los principios FIDIC concretan que, dados sus trascendentales efectos⁷³, ésta notificación deberá realizarse por escrito en un plazo de 14 días desde que se tuvo *conocimiento de la circunstancia* de fuerza mayor⁷⁴.
110. Por último, el constructor deberá en todo caso actuar de forma diligente y con buena fe para minimizar con los medios a su alcance los daños y perjuicios causados al empleador por la fuerza mayor. En este caso, evitar que incurra en un coste superior en la obra⁷⁵.

B. NO SE HA PRODUCIDO NINGUNA CAUSA DE FUERZA MAYOR LIBERATORIA DE LA RESPONSABILIDAD DE VETUSTA.

i. Las manifestaciones de la población no son causa de fuerza de mayor

111. En primer lugar, las manifestaciones y protestas de la población local por el hallazgo del río subterráneo Enkinu no pueden constituir, a la luz de la doctrina antes examinada, una causa de fuerza mayor.

⁷⁰ CCI 8873/1997: “hechos que no podían haber sido previstos, o que, después de preverse, eran inevitables.”

⁷¹ DIEZ PICAZO/GULLÓN p. 670

⁷² DEWEY DRUMBACK: “*la diligencia razonable de llevar a cabo el nivel de habilidad y diligencia que un profesional del mismo sector normalmente ejercería en circunstancias similares*”. (énfasis añadido)

⁷³ FIDIC guide, 1.3 p. 58-59: “...la forma de notificación deberá ser por escrito, detallando los hechos en que consiste la fuerza mayor y los efectos que van a tener sobre el cumplimiento de la obligación, debido a que la exoneración de las obligaciones contractuales por la parte afectada dependerá de los hechos notificados. Toda comunicación que requiera una aprobación por la otra parte, sólo será vinculante si se notifica a la persona correspondiente con poder para aprobar tal solicitud⁷, asimismo se deberá poner en copia al ingeniero dicha comunicación.”

⁷⁴ FIDIC guide, p. 293-294

⁷⁵ *Ibidem*: “Cada una de las partes empleará el esfuerzo necesario para reducir el tiempo o demora causado por la fuerza mayor, en la ejecución del contrato.”

112. La posibilidad de que los miembros de la cultura Naxicali causaran incidentes o protestas era notoria, pública y predecible, pues era conocida por ambas partes. VETUSTA tenía conocimiento (o debió tenerlo) con anterioridad a la formalización del Contrato, de que hubo diversas protestas estudiantiles en el año 2010 y huelgas por el hallazgo de un templo Naxicali paralizaron las obras de ampliación del parking del Banco Central de Andina⁷⁶ [Ord. Pro. n° 2 preg. 18].
113. VETUSTA debía haber comprobado los antecedentes históricos sobre esta cultura y su posible incidencia en la ejecución del Contrato⁷⁷. Por tanto, al existir precedentes relevantes de este tipo de protestas, las manifestaciones de la población local por el hallazgo del citado río no pueden considerarse un hecho imprevisible determinante de fuerza mayor.
114. Del mismo modo, la posible incidencia de las manifestaciones y protestas de la población local en la ejecución del Contrato podía haber sido evitada. En efecto, VETUSTA no tomó las medidas de seguridad suficientes para evitar que estas protestas afectaran a la construcción. Tampoco informó a los líderes locales lo que podría haber evitado, o al menos disminuido, la intensidad de las protestas. Todas estas conductas constituían expresión de la buena fe contractual que debía regir en el cumplimiento del Contrato⁷⁸. Si hubieran implementado estas medidas al inicio de construcción, se habría evitado cualquier retraso en la obra, por lo que sus efectos fueron plenamente evitables.
115. En segundo lugar, las posibles protestas de los agricultores ante el hecho de que sus cultivos pudieran verse afectados por la construcción fueron igualmente hechos que eran previsibles para la Demandada. Las construcciones de la magnitud de una planta de cemento no están exentas de problemas o protestas por parte de la población. VETUSTA pudo perfectamente prever su incidencia durante la ejecución de la obra.
116. Por otra parte, VETUSTA podía haber llevado a cabo distintas actuaciones para evitar los miedos y recelos de los agricultores, auténtico germen de las protestas. La constructora pudo acreditar a los principales representantes del sector agrario local que la construcción reunía todas y cada una de las autorizaciones administrativas necesarias y además que cumplía con unos cánones de seguridad medioambiental superiores a los exigidos por la propia normativa local [Doc. Sol. n° 5]. Por tanto, las manifestaciones pudieron ser asimismo evitadas por la constructora.
117. Por último, las manifestaciones de la población no son riesgos del empleador. Y ello, porque en ningún momento llegaron a afectar al trabajo realizado por VETUSTA hasta el momento. REGENTA no tiene constancia de que estas protestas fueran armadas o que produjeran destrozos en la obra. Por tanto, el riesgo de producirse estas protestas y su posible incidencia en la obra, deben considerarse como riesgos del constructor⁷⁹.

ii. Las huelgas de los trabajadores no son causa de fuerza mayor de conformidad con el Contrato

118. Como se ha expuesto en el apartado (A), las partes excluyeron de mutuo acuerdo que la huelga de los trabajadores de VETUSTA pudiera ser considerada como fuerza mayor, tal y como se pactó en la Cláusula 20.7 del Contrato.

⁷⁶ ICC 8873/1997: “Sin embargo, ante una situación del cuál tenía conocimiento, una vez firmado el contrato aceptando el riesgo, evidentemente en ese momento esa situación no puede equipararse a fuerza mayor, teniendo en cuenta que no ha dado lugar a obstáculos insuperables”.

⁷⁷ PERILLO, pp. 298-302

⁷⁸ GALGANO, p. 453

⁷⁹ Vid. Precio alzado. No conviene olvidar que la Demandada firmó un contrato de llave en mano a precio alzado, por lo que cualquier coste necesario para la terminación de la obra debe ser asumido por VETUSTA.

119. Esta cuestión se basó en el hecho de que las huelgas laborales son *per se* evitables por la constructora. En efecto, la constructora bien pudo desde el primer momento acceder a la petición de los huelguistas, tal y como hizo posteriormente, lo que hubiera evitado cualquier paralización en los trabajos⁸⁰. El constructor tiene que actuar diligentemente en la realización de la obra para cumplir con lo pactado en tiempo y forma. Si ello implica un aumento de sueldo de sus trabajadores, VETUSTA debe asumirlo conforme a lo pactado por las partes.
120. En cualquier caso, VETUSTA pudo asimismo suplir a los trabajadores en situación de huelga mediante la contratación de otros. De este modo, VETUSTA hubiera evitado, si hubiera sido un profesional diligente, cualquier retraso o perjuicio en la construcción de la planta.
121. Por todo ello, las huelgas de los trabajadores no reúnen lo presupuestos para ser consideradas una causa de fuerza mayor. En todo caso, las consecuencias económicas de estos hechos deben ser asumidas por VETUSTA.

C. VETUSTA NO TIENE DERECHO A NINGÚN SOBRECOSTE

122. Para el hipotético caso de que pudiera concluirse que nos encontramos ante causas de fuerza mayor (*quod non*), VETUSTA no tendría derecho a reclamar a REGENTA ninguna cantidad, debido a que el contrato en su Cláusula 20.7 no establece ningún derecho por el cual la Demandada tenga la potestad para reclamar un sobre coste por hechos de fuerza mayor.
123. En efecto, VETUSTA tampoco cumplió el régimen previsto en la Cláusula 20.7 del Contrato, cuando no notificó el acaecimiento de estos hechos. Esto supone un incumplimiento del principal deber del constructor cuando se produce una causa de fuerza mayor, tal y como se reconoce de forma unánime en los usos y costumbres propios de la contratación internacional⁸¹.
124. VETUSTA debió notificar en tiempo y forma la existencia de esos hechos para permitir a REGENTA emplear los medios a su alcance, bien para reducir sus efectos, bien sea para superar los motivos que subyacían en aquellas. Por tanto, VETUSTA no sólo tiene el deber de asumir los efectos de estos hechos, sino que REGENTA tiene derecho a pedir daños y perjuicios con arreglo a la Cláusula 20.7 del Contrato.
125. REGENTA no tuvo conocimiento de las circunstancias acaecidas en la obra durante el mes de agosto hasta la comunicación de Álvaro Mesías a Ana Ozores con fecha 24 de octubre de 2011 [Doc. Sol. nº 14]. En ésta, VETUSTA reclama directamente a la empleadora un incremento del 8% en concepto de sobre coste por las paralizaciones sufridas en la obra. Este retraso en la comunicación supone incumplir el plazo de 14 días que establece los principios de FIDIC y el espíritu y finalidad que subyacen en esta norma: dar a la empleadora la posibilidad de llevar a cabo por su parte medidas o consensuarlas con la constructora a fin de llevar a buen puerto el proyecto.
126. La anterior conclusión no se ve afectada por la notificación de VETUSTA al Ingeniero. En efecto, ésta comunicación no cumplió con el régimen previsto en el Contrato ni con lo establecido en la Cláusula 1.3 de FIDIC. El régimen contractual estipulado es notificar a la otra parte, y a la persona designada por ésta, Dña. Ana Ozores, representante de la empresa, por lo que la notificación no se realizó en los términos previstos en el Contrato y exigidos por la normativa internacional.
127. En todo caso, buena prueba de que VETUSTA asumía que estos hechos no eran causa de fuerza mayor es que no se los reclamó a REGENTA en plazo. Y cuando lo reclamó fue en el

⁸⁰ GUÍA CNUDMI párr. 31 p.171 Capítulo XII

⁸¹ Art. 7.1.7 UNIDROIT; art. 79 CISG; FIDIC Guide. Cláusula 20.1

momento posterior en que había perdido ante los tribunales pre-arbitrales, acreditando su mala fe contractual.

128. En consecuencia, la falta de notificación durante 14 días y en la forma prevista en el Contrato sobre los hechos de causa mayor, exonera a REGENTA de cualquier responsabilidad, que deberá ser asumida por la Demandada⁸².
129. En conclusión, los hechos acontecidos durante la ejecución del Contrato no eran inevitables para VETUSTA si hubiera actuado diligentemente adoptando las medidas necesarias para evitar cualquier paralización o retraso en la ejecución de la obra. Además, la falta de notificación de los hechos, o el hacerlo en un plazo excesivamente largo, supone que VETUSTA debe asumir el sobrecoste de las paralizaciones y resarcir los daños y perjuicios causados.

SEXTA.- EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL FUE CONFORME A DERECHO

130. Las partes acudieron a una fase prearbitral de doble instancia prevista en el Contrato, la cual ha decidido sobre las disputas planteadas de manera favorable para REGENTA. VETUSTA alega argumentos que atacan la independencia de los miembros de los órganos decisorios, primero (A) del Ingeniero y (B) después del CAD, para justificar (C) el hecho de no haber cumplido sus decisiones. Como veremos, estos argumentos no se sostienen.

A. LA DECISIÓN DEL INGENIERO FUE IMPARCIAL, INDEPENDIENTE Y AJUSTADA A DERECHO

131. El procedimiento ante el Ingeniero, se ajustó en todo momento al Contrato y a los principios generales de derecho. Como se analizará a continuación, (i) el Ingeniero fue elegido por ambas partes; y (ii) no concurre ningún elemento que perturbe su independencia o imparcialidad.

i. El Ingeniero que analizó la reclamación de REGENTA fue elegido de común acuerdo por las partes.

132. De conformidad con la Cláusula 5.1 del Contrato, el Ingeniero fue elegido por las partes. Así resulta de lo afirmado por la propia VETUSTA: “(...)de la firma de ingeniería Quintanar y Asociados, **nombrada de común acuerdo por las partes(...)**” [Doc. Resp. Sol. nº 2]. (énfasis añadido).
133. Que VETUSTA no desaprobó la proposición del Sr. Quintanar en el momento de su nombramiento, tal y como se le permite en la Cláusula 5.1 del Contrato, acredita que para VETUSTA el Sr. Quintanar era plenamente independiente e imparcial.
134. Al impugnar la independencia e imparcialidad del Sr. Quintanar después de solicitar la resolución, es evidente que esperó hasta prever que la resolución del Ingeniero no estimara su tesis. Ello contraviene el principio de buena fe consagrado en el art. 1.7 UNIDROIT.

ii. No hay elemento perturbador de la imparcialidad e independencia del Ingeniero.

135. En la Cláusula 5.1 del Contrato se pactó que el Ingeniero tiene la función de resolver las disputas entre las partes. Así se recoge en los principios de contratación internacional aplicables al presente caso⁸³. Además, el uso de la figura del Ingeniero es práctica generalizada en la cultura del derecho común en el cual se enraíza el nacimiento de las condiciones FIDIC⁸⁴.

⁸² FIDIC GUIDE, 20.1 pp. 299-300

⁸³ Vid. principios plasmados en el FIDIC Red Book (Cláusulas 3 y 20.1)

⁸⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, p. 239

136. El que el Ingeniero fuera designado a propuesta de REGENTA no afecta a su independencia. Así se prevé como principio general en el *Red Book* de FIDIC: “ingeniero es aquel elegido por el empleador para actuar como ingeniero (...)”. De igual modo, tampoco afecta a su independencia e imparcialidad que el Sr. Quintanar ha realizado actividades de ingeniería. De hecho, es práctica generalizada en los contratos de ingeniería internacional que el Ingeniero mantenga una relación contractual con el empleador y no con el contratista y que sea el empleador quien lo remunere⁸⁵.
137. A pesar de estas circunstancias, la práctica generalizada sostiene que el Ingeniero sería considerado independiente de las partes, debido a su profesionalidad, cuando ejerciera funciones que así lo requieren⁸⁶, como la de resolución de conflictos.

B. LA ACTUACIÓN DEL CAD TAMBIÉN FUE CONFORME A DERECHO

138. El CAD está previsto en el Contrato como un órgano decisor al que pueden acudir las partes en caso de disputa, como una segunda fase prearbitral. En este mismo sentido se contempla en los principios FIDIC. Así, las Cláusulas del Contrato relativas a la forma de elección de sus miembros, función, procedimiento a seguir para la resolución de disputas, y a la eficacia de su decisión son equivalentes a las recogidas en el *Silver Book* de FIDIC. La actuación del CAD fue conforme al Contrato y al resto de principios generales, puesto que (i) los miembros del CAD eran independientes e imparciales, (ii) cumplieron las garantías debidas durante el proceso y (iii) no se extralimitaron en su decisión.

i. Los miembros del CAD eran y son independientes e imparciales

139. Las alegaciones de VETUSTA sobre la parcialidad o dependencia del Sr. Ronzal, Presidente del CAD, son totalmente infundadas. VETUSTA sólo se opone a la independencia y la imparcialidad cuando constata que el CAD va a desestimar sus pretensiones, lo que contraviene la buena fe consagrada en el art. 1.7 UNIDROIT.
140. Para garantizar la independencia de los tres miembros del CAD, las partes estipularon en la Cláusula 21.1. del Contrato un procedimiento garantista⁸⁷, el cual se inspira en los principios FIDIC (*Silver Book* cláusula 20.2). Éste sistema de elección fue cumplido rigurosamente en el presente caso, tal y como admitió VETUSTA [*Resp. Sol. párr. 17*]
141. El hecho de que el Sr. Ronzal haya actuado como “consultor para la firma Rianzares, Páez y Carraspique de manera permanente en materias complejas sobre estructuras” (firma a la que pertenece otro de los árbitros) no quiebra su deber de independencia.
142. A este respecto, la normativa internacional relativa a los miembros de los CAD⁸⁸ determina que estos deben ser imparciales e independientes respecto del empleador, el contratista y el Ingeniero; pero no establece tal deber respecto de los propios árbitros. Además, la jurisprudencia arbitral internacional aplicada por analogía señala que las relaciones profesionales entre los árbitros “nunca han creado un obstáculo para la independencia de éstos”⁸⁹.
143. La posición de VETUSTA resulta insostenible desde que se constata que el propio Sr. Ronzal comunicó tales circunstancias en el momento de su nombramiento en su declaración de independencia [*Doc. Resp. Sol n° 3*]. Por ello, la transparencia del Sr. Ronzal resulta indiscutible.

⁸⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pp. 231 y 242

⁸⁶ *Burden Limited v Swansea Corporation*; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, p.231; CHERN, p. 37

⁸⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, p.13

⁸⁸ Libros FIDIC, *Silver Book* Condición 20.4; *Procurement of Works* del Banco Mundial anexo A 4, las *Dispute Adjudication Board rules for use in independently administered dispute board matters* art. 4 del *Dispute Board Federation*.

⁸⁹ HASCHER p.10

144. El hecho de que el Sr. Ronzal hubiese “asesorado en el cálculo de estructuras de varios proyectos suscritos con la firma REGENTA” no supone tampoco ningún obstáculo para su independencia. Tal actividad profesional se desprende de su declaración de independencia pues admite que conoce personalmente a algunos de los representantes de REGENTA en cuestiones ajenas a la presente controversia debido al reducido círculo de este tipo de expertos en Andina [Doc. Resp. Sol. n° 3].
145. En caso de que se considere que esta revelación no era lo suficientemente clara y transparente, se destaca que el Sr. Ronzal había dado su punto de vista técnico en algunos proyectos de REGENTA, siempre como mero asesor pero sin ser empleado y como consecuencia de que era uno de los pocos expertos de alta cualificación en Andina [Doc. Resp. Sol. n° 3]. La jurisprudencia determina que cuando un árbitro pertenece a un círculo reducido de expertos de algún tema en particular, es normal que haya podido tener contacto con alguna de las partes; de lo contrario, ningún experto podría ser árbitro y no quedaría más remedio que dejar la resolución del conflicto en manos de árbitros no profesionales⁹⁰.
146. Por tanto, ninguno de los motivos expuestos por VETUSTA puede fundar ni acreditar una supuesta dependencia del Sr. Ronzal. VETUSTA conocía todas las circunstancias de este árbitro desde el momento de su nombramiento, pero no hizo ninguna objeción. Sólo lo hizo cuando previó que el CAD no le iba a dar la razón; esto es calificado como “*Black Art of Bias*”⁹¹, lo cual ha sido rechazado por reiterada jurisprudencia⁹².

ii. El proceso ante el CAD cumplió con todas las garantías exigidas

147. Tanto D^a Petronila Rianzares como el Sr. Ronzal, miembros del CAD, aseguran que en el procedimiento se cumplió con todas las garantías. Solamente el elegido por VETUSTA, el Sr. Saturnino, asegura que no se respetó la igualdad y que el CAD limitó la defensa de VETUSTA. Esto es infundado, como acreditaremos a continuación.
148. La duración de los alegatos que realizaron las partes en el proceso no es un elemento que permita concluir que no hubo igualdad entre las dos partes. No existe un derecho de las partes a que su turno de palabra dure lo mismo; sí que tienen, por el contrario, un derecho a disponer de una oportunidad razonable para exponer su caso (2 APR *Silver Book*).
149. En el presente caso, VETUSTA usó su turno de palabra durante el tiempo que estimó oportuno. Además, dispuso de 1 hora y 15 minutos para justificar su oposición. Antes de retirarle la palabra, el presidente del CAD le preguntó si tenía algo más que añadir, a lo que el representante de VETUSTA declinó ese ofrecimiento [Ord. Pro. n° 2, preg. 17]. Además, el presidente estaba facultado para limitar la duración de los alegatos, como se admite en la práctica internacional arbitral⁹³.
150. Por otro lado, el rechazo del CAD a la exposición de las alternativas que VETUSTA presentó en la vista oral del procedimiento (para sostener sus posiciones) no supone ninguna infracción de garantías. El CAD las rechazó porque no eran pertinentes [Doc. Sol. n°12] para la resolución de la disputa. Y ello, por cuanto ésta no recaía en torno a la eficiencia de la propuesta de VETUSTA sino a la determinación de quién debía asumir los costes del proyecto. En los procedimientos arbitrales⁹⁴, cuya normativa aplicamos por analogía, se reconoce al árbitro la facultad

⁹⁰ National Shipping, Lucent Technologies, International Produce.

⁹¹ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES p. 294; MOSES p.141; MANTILLA-SERRANO p.194-5

⁹² HASCHER p.14 “La jurisprudencia ha rechazado objeciones cuando las partes han sido informadas sobre determinada circunstancia y no se hubiera esgrimido ninguna objeción en ese momento, sino con posterioridad.”

⁹³ RACCI, Apéndice IV, e)

⁹⁴ *Ibidem*, d iii)

de limitar las “*solicitudes a documentos (...) que sean pertinentes y determinantes para la solución del caso*”.

151. Además, en caso de aceptarse esos documentos, REGENTA se hubiera visto sorprendida con una prueba que no habría podido analizar y refutar. Ello hubiera afectado el derecho de defensa de REGENTA y hubiera supuesto que el CAD habría infringido su deber de actuar justa e imparcialmente, tal y como se exige en el 2 APR Silver Book.
152. Por último, las afirmaciones del Sr. Saturnino no pueden servir de fundamento para impugnar la resolución y el procedimiento tramitado ante el CAD. El Sr. Saturnino era el miembro del CAD elegido por VETUSTA, y, por tanto, sesgado y sin credibilidad, tal como reconoce la doctrina internacional como miembros del Comité predispuestos, en cierta medida, a favorecer a la parte que los ha elegido⁹⁵.
153. Teniendo en cuenta la *ratio* de la “*evident partiality de White*” del leading case *Commonwealth Coatings Corp. V. Continental Cas*, el cual es consolidado por la jurisprudencia y la práctica internacional⁹⁶, para reconocer falta de imparcialidad sería necesario que la falta de revelación fuese de una relación no trivial del árbitro con la parte. Pues bien, el Sr. Saturnino no comunica ninguna circunstancia que pueda poner en entredicho su imparcialidad, como posteriormente se manifiesta.
154. Así, el Sr. Saturnino fue consultor externo para VETUSTA en el proyecto más importante y significativo tanto para la firma de consultoría como para VETUSTA, lo cual está lejos de ser una relación profesional trivial entre ambos. Además, hace dos años, el Sr. Saturnino participó en tres CADs unipersonales para VETUSTA o sus filiales siempre resolviendo a su favor. Esto pone de manifiesto que el Sr. Saturnino está favoreciendo a VETUSTA para ser reelegido como árbitro (lo cual es conocido por la doctrina como “Repeat Player Bias”⁹⁷) y demuestra un interés financiero por su parte. En consecuencia, las alegaciones del Sr. Saturnino carecen de la objetividad y credibilidad necesarias para sustentar la impugnación de la resolución del CAD.

iii. No hubo extralimitación en la decisión vertida por el CAD.

155. Por último, la decisión del CAD se limitó a la competencia reconocida por las partes en el Contrato, sin que deba aplicarse su competencia de forma literal o restrictiva⁹⁸.
156. A este respecto, cabe destacar la doctrina del Tribunal Supremo español⁹⁹, que recoge los principios doctrinales comunes a la mayoría de países a la hora de decidir sobre la extralimitación de un laudo, establece que los árbitros han de someterse a lo pedido y además “*deben resolver las cuestiones íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada*”¹⁰⁰.
157. Es claro que la disputa del presente caso no es otra que la determinación de quien debe asumir los sobrecostos [*Doc. Sol. n.º 10*]; para ello, el CAD debía considerar no sólo la variación contractual sino también la excesiva onerosidad y fuerza mayor. La consecuencia directa de todo ello, sin la cual no hubiera habido una respuesta total al conflicto entre las partes es el cumplimiento o incumplimiento del Contrato. Si el CAD hubiese determinado únicamente que no se

⁹⁵ FOUCHARD párr. 1043

⁹⁶ Libros FIDIC (Silver Book) cláusula 20.4, IBA Guidelines (listado rojo renunciante 2.2) c), Dispute Resolution Board Foundation Canon 1, Procurement of the World Bank anexo A 4

⁹⁷ DEZALAY/GARTH p. 50; DRAHOZAL/NAIMARK p.267

⁹⁸ Por analogía, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, 52.1 b): “manifiestamente”;

⁹⁹ STS de 15 de diciembre de 1987, STS 28 de noviembre de 1988 y STS de 9 de octubre de 1984

¹⁰⁰ STS de 15 de diciembre de 1987, STS 28 de noviembre de 1988

había seguido el procedimiento de variación, la siguiente disputa hubiera versado sobre tales extremos, lo que facultó al CAD a analizar aquellas cuestiones. Además, tampoco debe interpretarse de manera restrictiva ya que el CAD es un Tribunal tendente a solucionar las controversias en un ambiente amistoso al margen de todo rigor legal o formal, por cuanto sus miembros no tienen que ser técnicos en Derecho¹⁰¹.

158. Aunque considerásemos que hubo extralimitación (*quod non*), la nulidad solo podría recaer en lo relativo a la extralimitación y no sobre el resto de la resolución. Así se establece en la normativa internacional sobre arbitraje (aplicable por analogía) y, en concreto, en la Ley Modelo en el art. 34.2 a) iii) y art. V. 1 c) de la Convención de Nueva York.

C. VETUSTA NO CUMPLIÓ CON LA DECISIÓN DEL INGENIERO NI CON LA DECISIÓN DEL COMITÉ, LO QUE SUPONE UN NUEVO INCUMPLIMIENTO

159. De conformidad con la Cláusula 5.1 del Contrato la decisión del Ingeniero es obligatoria para las partes sin perjuicio de que la parte disconforme pueda acudir al CAD¹⁰². Sin embargo, VETUSTA no cumplió con esta Cláusula y no reanudó las obras.
160. De igual modo, en la Cláusula 21.1. se estipuló que “*El CAD adoptará una decisión razonada que será **vinculante** para ambas partes y que **deberá ser ejecutada sin demora(...)**” En este mismo sentido se pronuncian los principios FIDIC previstos en la Cláusula 20.4 del *Silver Book*, así como la doctrina¹⁰³ y la jurisprudencia¹⁰⁴. Pese a su obligación contractual y a contravenir las normas FIDIC, VETUSTA no ha reanudado las obras de construcción, las cuales siguen paralizadas [Ord. Pro. n^{os} 2 y 20] perjudicando económicamente a REGENTA. Ello supone un nuevo incumplimiento de VETUSTA de sus obligaciones en el Contrato.*

SÉPTIMA.- LA CORRECCIÓN DE LA SOLICITUD DE PAGO SOLICITADA POR REGENTA

161. La solicitud de ejecución de la garantía a primer requerimiento efectuada por REGENTA (A) cumple todos los requisitos materiales, formales y temporales establecidos por las partes, y la normativa aplicable¹⁰⁵ y (B) no es abusiva. Por consiguiente, (C) la solicitud de alzamiento de la medida cautelar pretendida por REGENTA en este procedimiento resulta procedente.

A. EL DERECHO DE REGENTA A EJECUTAR LA GARANTÍA

162. Las partes acordaron en la Cláusula 42 del Contrato la obligación de VETUSTA de entregar a REGENTA un aval bancario a primer requerimiento que garantizara el cumplimiento de sus obligaciones respecto de REGENTA. Según lo pactado en dicha Cláusula, REGENTA está facultada para exigir la ejecución de la Garantía simplemente acreditando el incumplimiento de VETUSTA, la cual podría realizarse bien mediante una declaración emitida por el Ingeniero, o bien mediante la declaración emitida por el CAD. La calificación de la garantía como “*aval bancario a primera demanda*” supone además una serie de requisitos adicionales que REGENTA ha cumplido escrupulosamente¹⁰⁶.
163. **Requisitos materiales (art. 15 a) RUGD):** El incumplimiento del Contrato es, según lo estipulado en su Cláusula 42, *conditio sine qua non* para la ejecución del aval. La doctrina es

¹⁰¹ STS de 9 de octubre de 1984

¹⁰² ICC case n^o. 10619

¹⁰³ OWEN/TOTTERDILL p.17, RODRÍGUEZ FERNANDEZ p.13

¹⁰⁴ *Channel Tunnel*

¹⁰⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1997), en adelante CNUGI y Reglas Uniformes sobre Garantías a Primer Requerimiento (revisión 2010), en adelante RUGD.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ-CALERO, pp.249 y ss; ESPLUGUES MOTA p. 594.

clara y uniforme al establecer tal presupuesto como elemento necesario y suficiente para la solicitud del pago de garantía bancaria¹⁰⁷.

164. **Requisitos formales (art. 15 b) RUGD):** Conforme al artículo 15 a) RUGD¹⁰⁸, REGENTA presentó a la entidad bancaria garante¹⁰⁹ (i) una solicitud de pago por escrito [*Doc. Sol n° 20*], (ii) el documento acreditativo de la declaración del incumplimiento contractual realizada por el Ingeniero [*Doc. Sol. n° 11*]; y (iii) el documento acreditativo de la declaración de incumplimiento llevada a cabo por el CAD¹¹⁰ [*Doc. Sol. n° 12*]. Por tanto, REGENTA cumplió los requisitos formales exigibles para la ejecución de la garantía, cumpliendo incluso en exceso al aportar con su solicitud la declaración de incumplimiento de los dos órganos prearbitrales cuando en realidad hubiera bastado con la declaración de uno solo de ellos.
165. **Requisitos temporales**¹¹¹: El plazo de vigencia de la garantía finalizaba el día 16 de julio de 2013, y la solicitud de ejecución realizada por REGENTA tuvo lugar el día 23 de marzo de 2011 [*Doc. Sol. n° 17*]. Por consiguiente, REGENTA cumplió con el requisito temporal al solicitar la ejecución de la garantía estando ésta en vigor¹¹².

B. INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIA ALGUNA QUE IMPIDIESE A REGENTA SOLICITAR EL PAGO DE LA GARANTÍA

i. Inexistencia de abusividad en la ejecución alegada por VETUSTA

166. Al producirse el incumplimiento del Contrato por VETUSTA (riesgo cubierto por la garantía), y acreditarse mediante la presentación de la declaración al efecto de los órganos prearbitrales, el pago de la garantía exigido por REGENTA resultaba procedente, sin que existiera causa alguna de abusividad en la actuación de mi representada, de conformidad con el artículo 19 de la Convención sobre Garantías que establece una relación de conductas que se pueden identificar como “abusividad”.
167. Hemos de entender el término “abusividad” como el comportamiento doloso que lleva a la parte beneficiaria de una garantía a primera demanda a aprovecharse de la especial posición que la naturaleza de la misma le concede¹¹³. Esta abusividad es motivo suficiente para que el banco garante pueda oponer una excepción a su obligación de realizar el pago¹¹⁴. Sin embargo, como decimos, en el presente caso no ha existido abusividad por parte de REGENTA. Los documentos presentados al banco garante para solicitar el pago de la garantía respetan el contenido del Contrato y no se enmarcan en ninguno de los supuestos del artículo 19 de la Convención sobre Garantías. En este sentido, los documentos acreditativos del incumplimiento emanan de las autoridades fijadas por las partes al respecto [*Docs. Sol. n° 11 y 12*], lo que prueba que son auténticos y no han sido falsificados. Además, el fundamento alegado por REGENTA para ejecutar el aval [*Doc. Sol. n° 20*], supone el presupuesto material habilitante de la solicitud [*Vid supra*].

¹⁰⁷ Art. 3 CNUGI. *Phillips v Standard*; SACRISTÁN BERGIA. pp. 1141

¹⁰⁸ “Un requerimiento en virtud de una garantía debe ir acompañado de aquellos documentos que la garantía especifique, y en cualquier caso de una declaración del beneficiario indicando en qué aspecto el ordenante ha incumplido sus obligaciones respecto de la relación subyacente [...]”

¹⁰⁹ Art. 14.a) i) RUGD.; SÁNCHEZ-CALERO p. 347.

¹¹⁰ CREMADES. p.81

¹¹¹ Arts. 4.c) y 14.a) ii), RUGD; y Art. 7.3) y 11.1) d) CNUGI.

¹¹² VON WESTPHALEN, p. 111; SCHUTZE, p. 84.

¹¹³ SAN JUAN CRUCELEAGUI, p. 327

¹¹⁴ SAN JUAN CRUCELEAGUI, p. 328. SACRISTÁN BERGIA, p. 1146; ESPIGARES HUETE, p. 389; BONELLI p. 107. *Banque Saudi Fransi v Lear Siegler Service INc, Inflatable Toy Co v State Bank of NSW*.

ii. No existe ninguna circunstancia legal que permita a la entidad bancaria garante negar el pago

a) Imposibilidad de la entidad bancaria otorgante del aval para decidir sobre materias relativas a la obligación subyacente

168. Además, no hay que olvidar que la garantía se configuró por las partes como “*aval bancario a primera demanda*”, lo que determina su carácter independiente¹¹⁵ de la relación subyacente de la que deriva, por lo que su ejecución sólo debe quedar condicionada al cumplimiento de la finalidad que garantiza [Vid *supra*]. Así, el hecho de que la causa de la Garantía se encuentre justificada en el negocio principal entre ordenante y beneficiario¹¹⁶ no supone que la entidad bancaria posea la potestad de decidir sobre éste o la relación subyacente de la que aquella deriva¹¹⁷, según se establece en la Garantía.
169. La actuación del banco garante se encuentra sometida a la legislación aplicable a la Garantía (arts. 27.a) RUGD y 14.1 de la Convención sobre Garantías) y, por ello, debe actuar diligentemente en el examen de los documentos que acompañan la solicitud, no pudiendo entrar a valorar en ningún caso aspectos distintos de los formales.

b) VETUSTA ha incumplido el Contrato de Garantía

170. La Garantía nacida del acuerdo de las partes, posee fuerza de ley entre ellas, tal y como señalan los principios generales en materia contractual. VETUSTA incumplió lo estipulado al acudir a la vía judicial cuando lo pactado era la vía arbitral¹¹⁸ [Doc. Sol. n° 17].

c) La actuación de VETUSTA refleja su mala fe

171. VETUSTA actuó con mala fe al acudir a la vía judicial en un intento de paralizar el pago de la Garantía. La razón principal de la solicitud de medidas cautelares obedeció a un intento de entorpecer un proceso que a todas luces se perfilaba como desfavorable para la Demandada [Vid *supra*].

iii. Las medidas cautelares solicitadas por VETUSTA eran materialmente improcedentes e incorrectas

a) Improcedencia de las medidas cautelares

172. En aquellos casos en los que exista un riesgo de mala fe o intento de abusividad o fraude por parte del beneficiario de la garantía, resulta procedente la solicitud y adopción de medidas cautelares que paralizen el pago¹¹⁹. Dado que en este caso el deseo de ejecución de la garantía de REGENTA obedece a un claro incumplimiento contractual de VETUSTA [Docs. Sol. n°s 11 y 12], no existe presupuesto material habilitante para la solicitud de la tutela cautelar.

b) Incompetencia del Juzgado de Primera Instancia de Alas para el establecimiento de las medidas cautelares

173. La garantía fue emitida por la sucursal de Banco Clarín en Vegallana, Andina¹²⁰. Por tanto, el país donde el garante emitió la garantía fue Andina y no Cervantia. Así, el Juzgado de Primera Instancia N° 10 de Alas, Cervantia, carece en cualquier caso de la competencia necesaria para

¹¹⁵ SERRANO ESCRIBANO, p. 285.

¹¹⁶ Díez-PICAZO, pp. 232 y ss.

¹¹⁷ ANCEL, p. 59; GAVALDA/STOUFFLET, p. 384; SAN JUAN CRUCELAEGUI, p. 280; MAZORATI, p. 276; SACRISTÁN BERGIA, p. 1129. KELLY-LOUW P. 159

¹¹⁸ RODRÍGUEZ BENOT. P. 893

¹¹⁹ Art. 14 CNUGI.; *Transfield Philippines, Inc v/Luzon Hydro Corporation, Australia & New Zealand Banking Group Limited and Security Bank Corporation*.

¹²⁰ VON WESTPHALEN, p. 203.

conceder la tutela cautelar solicitada, por lo que debió declararse incompetente. Por consiguiente, y a mayor abundamiento se ha vulnerado el artículo 35 RUGD, que establece que “*todo litigio entre el garante y el beneficiario relativo a la garantía será resuelto exclusivamente por el tribunal competente del país u oficina del garante que emitió la garantía*”.

c) Innecesariedad de medidas cautelares *inaudita parte*

174. El establecimiento de las medidas cautelares resultaba improcedente. El establecimiento de unas medidas cautelares *inaudita parte* supone, a priori, la violación de principios esenciales para las partes como son los de audiencia y contradicción, lo que puede llegar a provocar indefensión a la parte no personada en el juicio. En el presente caso no existía urgencia ni necesidad¹²¹ que la justificará. VETUSTA siempre podría haber reclamado a mi mandante el importe del aval en caso de haber entendido que su ejecución y el cobro resultaban indebidos, así como una indemnización por daños y perjuicios¹²².

C. PROCEDENCIA DEL ALZAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

175. Considerando que la actuación de VETUSTA, con la que ha obtenido la suspensión de la ejecución de la Garantía supone una vulneración del Contrato de Garantía (*Vid supra*) y que el Juzgado que acordó la tutela cautelar carecía de la competencia para ello (*Vid supra*), esta parte solicita que se acuerde el alzamiento de la medida cautelar acordada.

OCTAVA.- LA DEMANDADA DEBE CUMPLIR EL CONTRATO EN PLAZO

176. Si una parte no cumple una obligación específica, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que la misma sea jurídica o físicamente imposible (arts. 45.2 CCIM y 7.2.2 UNIDROIT). Como se ha probado a lo largo de este escrito, no existió ni existe impedimento alguno para que VETUSTA cumpla el contrato en plazo y, por ello, debe retomar la ejecución cuanto antes. VETUSTA no puede alegar que el cumplimiento en plazo a estas alturas resultaría excesivamente gravoso u oneroso, pues sólo se ha acumulado un retraso de dos meses y puede aún revertir las graves consecuencias que se han derivado de sus incumplimientos.
177. Como se ha expuesto (*Vid supra*), el Tribunal Arbitral es competente para ordenar el cumplimiento específico del Contrato y, más allá, para establecer multas coercitivas en caso de que la parte obligada a cumplir se niegue a ello. Cuando el contratista ejerce una acción por incumplimiento del contrato, como en este caso, el juez o árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia, según el art. 45.3 CCIM.

NOVENA.- LA DEMANDADA DEBE INDEMNIZAR POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE HA OCASIONADO A REGENTA

178. La Demandada debe indemnizar a REGENTA por los daños y perjuicios que han ocasionado sus incumplimientos. En concreto, por los derivados de los retrasos en que ha incurrido y de la privación de fondos. La Demandante tiene derecho a percibir los intereses procedentes de dichas sumas. Explicaremos por qué esta parte entiende que (A) la Demandada tiene la obligación de indemnizar a REGENTA, y (B) qué intereses debe abonar a mi mandante.

A. VETUSTA HA DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

179. El derecho a exigir al contratista la indemnización de los daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones contractuales se establece en el art. 45.1.b CCIM. Para el cálculo de la indemnización el art. 74 prevé que se tengan en cuenta todas las pérdidas sufridas por la parte

¹²¹ GARCIMARTÍN, p.202

¹²² SACRISTÁN BERGIA, p.1149. ORTÍZ PRADILLO, p.216

agraviada a consecuencia del incumplimiento, incluido el lucro cesante. Basta con que al firmar el contrato fuera previsible que el incumplimiento acarrearía tales pérdidas.

180. VETUSTA incumplió el Contrato al paralizar las obras, como ha quedado demostrado. Por ello, REGENTA tiene derecho a reclamar los daños provocados por el retraso, incluso aquéllos que, no habiéndose producido aún, es razonable y previsible que se produzcan¹²³. El plazo para la finalización de las obras de la primera fase era de ocho meses, a contar desde mayo de 2011 (Cláusula 22) y se ha incumplido, pues debieron haber acabado en diciembre de 2011, hace dos meses. Además, las obras están paralizadas y, llegados a este punto, es previsible que continúen así durante la tramitación de este procedimiento.
181. La fábrica de cemento iba a generar previsiblemente unos retornos de 160 M€ de euros en 6 años [*Sol. Arb. párr. 9*]. Esto es, un retorno esperado de 2,22 M€ mensuales. Se trata de beneficios que REGENTA dejará de obtener al no entregarse la fábrica en plazo, y por cuya pérdida ha de ser indemnizada a razón de 2,22 M€ por cada mes de retraso. Más allá, la obtención de la fábrica en plazo era esencial para satisfacer la creciente demanda de cemento, de forma que el retraso perjudicará gravemente la posición de mercado de la Demandada. El Tribunal Arbitral tiene amplia autoridad para establecer la cuantía de los daños de la forma que mejor se adapte a las circunstancias, según el poder que le confiere el art. 74 CCIM y así se solicita que lo haga en este caso¹²⁴.

B. LA DEMANDADA DEBE PAGAR LOS INTERESES

182. La obligación de pagar intereses es distinta de la obligación de pagar los daños. Según el art. 78 CCIM, si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada en plazo, sea o no excusable, la perjudicada tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sin que sea necesario probar pérdida alguna¹²⁵. Los intereses, a menos que se establezca otra cosa, se devengan desde el momento en el que la deuda es exigible¹²⁶, esto es, desde el incumplimiento (art.7.4.10 UNIDROIT).
183. Aunque los intereses por los daños no se incluyen expresamente en el art. 78 CCIM la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que la referencia a “cualquier otra suma” permite extenderlos a los daños¹²⁷. Lo mismo establece el art. 7.4.9 UNIDROIT para toda “suma de dinero”, y añade que el tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado, que debe ser fijado por el Tribunal Arbitral. En defecto de ésta, se aplicará el mismo tipo del Estado de la moneda de pago y en defecto de ambos el tipo de interés apropiado conforme al derecho del Estado. Así, se aplicará el tipo promedio que corresponda a la moneda de pago de Andina, y en su defecto, el tipo de pago de Andina o el que se determine conforme al derecho interno.
184. En lo que respecta a la Garantía y con el mismo fundamento, VETUSTA ha de indemnizar a mi representada por los intereses devengados desde que se debió haber ejecutado. Por último, a efectos meramente dialécticos, aunque el Tribunal Arbitral modifique la decisión del CAD, la Demandada debió haber implementado su decisión y, al no hacerlo, incumplió el Contrato, por

¹²³ KROLL/MISTELIS/PERALES p. 998

¹²⁴ *Ibidem*, p. 995

¹²⁵ SCHLECHTRIEM p. 592

¹²⁶ KROLL/MISTELIS/PERALES p. 993

¹²⁷ SCHLECHTRIEM p. 594

lo que los intereses que se hubieran generado en el período durante el cual se debió haber puesto en práctica la decisión, siguen siendo exigibles¹²⁸.

PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

Por todo lo expuesto, REGENTA solicita al Tribunal Arbitral lo siguiente:

- Que se declare competente para resolver la presente disputa.
- Que declare que resultan de aplicación al Contrato la Convención de Viena de 1980, los Principios UNIDROIT sobre contratos internacionales, y, a la Garantía, la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995.
- Que declare que VETUSTA incumplió el Contrato al paralizar y negarse a continuar con las obras contratadas.
- Que condene a VETUSTA a efectuar los ajustes necesarios para finalizar las obras en la forma y plazo acordados, imponiéndole, de no hacerlo, multas coercitivas en la forma y cuantía que determine el Tribunal.
- Que declare que VETUSTA actuó negligentemente por no realizar los estudios adecuados sobre el terreno.
- Que declare que VETUSTA no tiene derecho a obtener un sobreprecio que cubra los costes adicionales derivados de las paralizaciones y huelgas.
- Que declare que, de acuerdo al Contrato, de tipo llave en mano y precio alzado, VETUSTA ha de asumir el coste de las correcciones necesarias.
- Que declare que tanto el Ingeniero como el CAD actuaron de manera correcta y transparente en el desarrollo de sus funciones.
- Que declare que no existió ninguna circunstancia para negar el pago de la garantía y que la ejecución instada por REGENTA fue conforme a Derecho.
- Que ordene el levantamiento de la medida cautelar del tribunal de primera instancia de Alas, o, que en su defecto, dicte una medida cautelar consistente en una orden de pago que sea ejecutable ante los tribunales de Vegallana.
- Que condene a VETUSTA al pago de daños y perjuicios que sus actos han ocasionado, estableciendo la cuantía que mejor se adapte a las circunstancias.
- Que condene a VETUSTA al pago de los intereses devengados de la indemnización por daños y perjuicios y de la Garantía, desde el momento en que fueron exigibles.
- Que condene a VETUSTA al pago de las costas del presente procedimiento, incluyendo los gastos de representación de conformidad con el art. 46 RCAM.

¹²⁸ OWEN/TOTTERDILL p. 111

**IV COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE
Y DERECHO MERCANTIL (MOOT MADRID)
MADRID – 2 DE ENERO A 1 DE JUNIO DE 2012**

ESCRITO DE CONTESTACIÓN



EN REPRESENTACIÓN DE:

Regenta Co.
(Dirección)
(Ciudad / Estado)

DEMANDANTE

CONTRA:

Vetusta S.A.
(Dirección)
(Ciudad / Estado)

DEMANDADO

**FABIÁN ANDRÉS CARDOZO - JUAN MIGUEL ESLAVA - EDNA LUCÍA FERREIRA
DIANA MARÍA GUEVARA – ANDREA HERNÁNDEZ BARRERA**

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	V
LISTA DE AUTORIDADES.....	VII
RELACIÓN DE HECHOS	1
SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS.....	3
ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	4
I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA ENTRE REGENTA Y VETUSTA.....	4
A. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la disputa respecto del cumplimiento del Contrato, pero debe declararse incompetente para modificarlo unilateralmente.	4
1) Se cumplieron formalmente los prerequisites previstos en el Contrato.	4
2) El Tribunal Arbitral no es competente para modificar unilateralmente el Contrato. ..	4
B. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de las decisiones del Ingeniero y del CAD y debe desconocerlas.....	4
1) El Ingeniero, desde su nombramiento, así como durante el ejercicio de sus funciones, no actuó conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad.	5
2) El CAD desde su nombramiento, así como durante el ejercicio de sus funciones, no actuó conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad, extralimitándose en sus funciones	6
II. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES DE CARÁCTER COERCITIVO.....	8
A. El Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para emitir órdenes al Juzgado en relación con la Medida Cautelar decretada por este.	8
B. El Tribunal Arbitral debe abstenerse de dictar orden de pago alguna confirmando la orden de suspensión de la ejecución de la Garantía dictada por el Juzgado.....	9
ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA.....	10
I. LA CONVENCIÓN DE VIENA NO ES APLICABLE AL CONTRATO, DEBIDO A LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LAS PARTES.	10
A. Las obligaciones de entrega asumidas por Vetusta se encuentran por fuera del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena por cuanto el objeto de la entrega es un bien inmueble.....	11
B. Los argumentos de la demanda son insuficientes para la aplicación de la Convención de Viena	12
C. El escrito de demanda aplica erróneamente los criterios de preponderancia.	12
II. REGENTA DEBE ASUMIR LOS SOBRECOSTOS GENERADOS POR LA MODIFICACIÓN DE LOS CIMIENTOS, HUELGA Y PARALIZACIONES	14
A. El cambio en el diseño inicial de la planta de producción de cemento portland no es imputable a Vetusta	14

B. Vetusta en su calidad de profesional de la construcción, ejecutó diligentemente sus obligaciones de prospección del suelo y realizó exhaustivamente los estudios adecuados y pertinentes al terreno.....	15
C. El hallazgo de aguas subfreáticas, que causó la corrección de los cimientos es un hecho imprevisible	15
D. La obligación de subsanación de los defectos del diseño no comprende aquellos que no son imputables al contratista.....	16
E. En subsidio de no existir variación, se generó un desequilibrio económico del contrato.	17
F. Vetusta tiene derecho a repercutir sobre Regenta los costos procedentes de las paralizaciones y huelga.....	18
1) Las huelgas y paralizaciones son hechos constitutivos de fuerza mayor para los efectos del Contrato	19
a. El impedimento que vivió Vetusta, está más allá de su Control	19
b. Imprevisibilidad al momento de contratar	19
c. La parte afectada por el hecho, no haya podido evitar o superar las consecuencias del mismo	20
d. Paralizaciones atribuibles a Regenta	20
e. Vetusta notificó a Regenta de la ocurrencia de los hechos.....	21
2) Los riesgos de la ocurrencia de la huelga y paralizaciones en particular deben ser asumidos por Regenta, pues ésta asumió contractualmente los riesgos asociados a su ocurrencia.....	21
III. LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE VETUSTA SE CUMPLIERON CABALMENTE.....	22
A. Se cumplió con lo estipulado en el Contrato hasta que Regenta impidió la continuación de las obras	22
1) Vetusta siempre estuvo dispuesta a ejecutar el proyecto en el tiempo debido	22
2) Quien cierra y por consiguiente paraliza las obras es Regenta.....	22
B. El Tribunal debe ordenar a Regenta que asuma los sobrecostos en los que ya incurrió Vetusta	23
IV. VETUSTA CARECE DE FUNDAMENTOS PARA COBRAR LA GARANTÍA POR TANTO EL TRIBUNAL DEBE MANTENER LA MEDIDA CAUTELAR.	23
A. Los fundamentos que usó Regenta para el cobro de la garantía están por fuera del único caso en que las partes acordaron hacer exigible la garantía. Regenta no puede cobrar la garantía.	23
1) Según el contenido de la Garantía, el incumplimiento es la única razón por la cual se puede solicitar el cobro.	23
2) El Contrato no se incumplió, luego el cobro de la Garantía no es procedente. La solicitud de cobro por parte de Regenta es fraudulenta.	24
3) Los documentos incluidos como requisito para el cobro de la Garantía, no cumplen con los requisitos formales para ser considerados como fundamento para el cobro de la Garantía.....	25

B. Los argumentos reales que usó Regenta para el cobro de la garantía, carecen de veracidad.....	27
1) La parte construida de la obra, no cubría la totalidad de su inversión entregada a modo de anticipo.....	27
2) La parte construida de la obra, no cubría la totalidad de su inversión entregada a modo de anticipo.....	27
C. Alternativamente así se hubieran cumplido los requisitos de cobro de la Garantía, ésta no se debió haberse cobrado por ser contrario a la práctica comercial en materia de garantías de primera demanda	28
PETITORIO	30

LISTA DE ABREVIATURAS

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	Tribunal Arbitral
Cámara de Comercio Internacional	CCI
Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir de Enero 1 de 2012.	Reglas CCI
Regenta Co.	Regenta
Vetusta S.A.	Vetusta
Contrato de Construcción suscrito entre Regenta y Vetusta	Contrato
Condiciones del Contrato de Construcción suscrito entre Regenta y Vetusta	Condiciones del Contrato
D. Víctor Quintanar	Ingeniero
Comité para la Adjudicación de Disputas	CAD
Cláusula 53 del Contrato de Construcción	Cláusula Arbitral
Convención de Viena de 10980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	Convención de Viena
Convención de Naciones Unidas de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.	Convención de la CNUDMI
Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.	Convención de Nueva York
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con las enmiendas aprobadas en 2006	Ley Modelo de la CNUDMI/Ley de la Sede
Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales (2010)	Principios UNIDROIT
Garantía a primera demanda entregada por Vetusta y otorgada por el Banco Clarín	Garantía
Banco Clarín	Banco

Juzgado de Primera Instancia No. 10 de Alas

Medida Cautelar dictada por el Juzgado de Primera Instancia No. 10 de Alas prohibiendo la ejecución del pago

Cláusula 51 del Contrato de Construcción sobre ley sustancial aplicable

Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructura de la República de Andina sobre Seguridad Estructural en la Cimentación.
Escrito de Demanda

Juzgado

Medida Cautelar

Cláusula de Ley Sustancial

Decreto Ministerial

Memorial de parte Demandante, Universidad de Córdoba

LISTA DE AUTORIDADES

A. CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS NACIONALES

REFERENCIA

Comentario al Proyecto de la Convención en el Anuario de la UNCITRAL Vol. VII: 1976

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York el 10 de junio de 1958.

Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006.

Principios UNIDROIT, 2010.

Uniform Commercial Code

B. DOCTRINA

REFERENCIA

Besson, Arbitrage international et mesures provisoires 92 (1998)

Bond, Stephen. "How to draft and arbitration clause". En: Journal of International Arbitration N° 6, Kluwer Law, 1989.

Born, Gary B. International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009

Bruner, Philip Lane. World-Wide Excuse for Contractual Non-Performance, The Construction Super Conference, Dec. 13, 2002, San Francisco, California

Brewer, Geoff, Case Law: Dispute Boards Contract Journal, 6 de septiembre de 2006

Bunni, Cfr. , The FIDIC Form of Contract, 2da ed, p. 81. In FIDIC, Guide to the use of FIDIC (Red Book), 4ta ed

Crivellaro, Antonio El Dispute Board o "Comisión para la resolución de controversias": ¿un útil mecanismo pre-arbitral?, Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias, Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2011 Volume 2011 Issue 12)

COMENTARIOS PRINCIPIOS UNIDROIT, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Gaillard, Emmanuel y Savage, John (eds). Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.

REFERENCIA

Gal, Katherine M. *Nissho-Iwai Co. v. Occidental Crude Sales, Inc.: Curtailing the Effectiveness of the Force Majeure Clause*, 12 BROO J. INr'L L. 243, 252 (1986)

Hamnay, William N. *Force Majeure Clauses in International Contracts*, in NEGOTIATING AND STRUCTURING INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS

Hanotiau, Bernard. "Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues. En: *Journal of International Arbitration* N° 18(3). Kluwer Law International, 2001.

Honnold, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999)

Jenkins, James Stebbings, *Construction Arbitration Law, Arbitration in Context Series Volume 1*, 2006. Kluwer Law International

Lew, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, 11(1) ICC Ct. Bull. 23, 28 (2000)

Lew, Julian D.M; Mistelis, Loukas A; Kröll, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.

Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth Edition, Student Version. Oxford University Press, first published (2009)

Oviedo, Jorge. "UNIDROIT y la Unificación del Derecho Privado: Referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales". Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 2003.

Powell, Kerry. *What Is Force Majeure?*, HEAVY CONSTRUCTION News 110 (June 2001)

Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court*, in ICC, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* 45, 59 (1993); D. Caron, L. Caplan & M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 540 (2006)

Schlechtriem, Dr. Peter "Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods". Manz, 1986

Schmitthoff's *Export Trade, The Law and Practice of International Trade*

Sperry Int'l Trade, Inc. v. Gov't of Israel, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982)

Symons. *Letters of Credit: Fraud, Good faith and the basis for injunctive relief*, 54 TUI. L. Rev. 338, 358-361 (1980)

Sztejn v. J. Henry Schroder Bankin Corp. 177. Misc. 719, 31 N.Y.S 2d 631 (Sup. Ct. 1941)

Talero Rueda, Santiago. *Arbitraje comercial internacional, Instituciones básicas y derecho aplicable*. 1ª edición. Temis – Universidad de los Andes, 2008

The Dispute Resolution Board Foundation, *Fostering Common Sense Dispute Resolution Worldwide, Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards*. Published by the Dispute Resolution Board Foundation to replace the

REFERENCIA

1996 Construction Dispute Review Board Manual. Revised January 2007

Verner, Jimmy L. Jr. Fraud in Transaction: Intraworld Comes of Age in Itek. 14 Mem. St. U. L. Rev. 160 (1983-1984)

Wöss, Herfried. The ICC model turnkey contracts for major projects. Construction Law International, Volume 3, Number 2, 2008

Young, Marvin O. Construction and Enforcement of Long-Term Coal Supply Agreements-Coping with Conditions Arising from Foreseeable and Unforeseeable Events-Force Majeure and Gross Inequities Clauses

Zapata de Arbelaez, Adriana Compiladora. Derecho Internacional de los Negocios, Alcances. Universidad Externado de Colombia. Tomo III, 2009. La resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del "engineer" y de los "dispute boards". Maximiliano Rodríguez Fernández

C. JURISPRUDENCIA**REFERENCIA**

Amercian Bell International v. Islamic Republic of Iran, 474 F. Supp. 420 (S.D.N.Y. 1979)

Charles Constr. Co. v. Derderian, 586 N.E.2d 992 (Mass. 1992)

Citing, inter alia, Dynamics Corp. of America v. Citizens & S. National Bank, 356 F. Supp. 991 (N.D. Ga. 1973)

Dalton v. Educational Testing Service, Court of Appeals of N.Y, 1995. 87 N.Y.2d 384, 663 N.E.2d 289

Enterprises Kato Inc. v. Canada, Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R., 1983

Itek Corp. v. First National Bank, 730 F.2d. 19 (1st Cir. 1984)

Konkar Maritime Enter., SA v. Compagnie Belge d'Affretement, 668 F.Supp. 267, 271 (S.D.N.Y. 1987)

La Carta de Crédito standby y su desarrollo internacional. Ustáriz González, Luis Humberto.

Lustrelon, Inc. v. Prutscher, 178 N.J. Super. 128, 428 A. 2d 518 (1981)

New York Court of Appeals, Dalton v. Educational Testing Service, 1995

New York Supreme Court, International Paper Co. v. Rockefeller

Nissho-Iwai Co. v. Occidental Crude Sales, Inc., 729 F.2d 1530, 1540 (5th Cir. 1984)

Old Colony Trust Co. v. Lawyers' Title & Trust Co., 297 F. 152 (2d Cir.), 265 U.S. 585 (1924)

REFERENCIA

Paccar International v. Commercial Bank of Kuwait, 587 F. Supp. 783 (C.D. Cal 1984)

Pacific Reins. Mgt Corp. v. Ohio Reins. Corp., 935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991)

Touche Ross & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co., 107 Misc. 2d 438, 434 N.Y.S. 2d 575 (Sup. Ct. 1980)

United Technologies Corp. v. Citibank, 469 F. Supp 473 (S.D.N.Y. 1979).

Universal Marine Ins. Co. v. Beacon Ins. Co., 581 F. Supp. 1131 (W.D.N.C. 1984)

Interim Award in NAI Case No. 1694 (12 December 1996), XXIII Y.B. Comm. Arb. 97 (1998)

Interim Award in ICC Case No. 8879, 11(1) ICC Ct. Bull. 84, 89 (2000)

Interim Award in ICC Case No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83-84 (2000); Award in NAI Summary Arbitral Proceedings, Case No. 2212 (28 July 1999), XXVI Y.B. Comm. Arb. 198 (2001)

Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984)

D. LAUDOS ARBITRALES**REFERENCIA**

Award in ICC Case (Unidentified), in Schwartz, The Practices and Experience of the ICC Court, in ICC, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration 45, 57 (1993)

Award in ICC Case No. 1526, 101 J.D.I. (Clunet) 915 (1974); Interim Award in ICC Case No. 7929, XXV Y.B. Comm. Arb. 312 (2000)

Intraworld Indus. v. Girard Trust Bank, 461 Pa. 343, 336 A.2d 316 (1975)

Final Award in ICC Case Nos. 6515 and 6516, XXIVa Y.B. Comm. Arb. 80 (1999)

Final Award in ICC Case No. 7828, citado en Lew, Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11(1) ICC Ct. Bull. 23, 25 (2000)

Interim Award in NAI Case No. 1694 (12 December 1996), XXIII Y.B. Comm. Arb. 97 (1998)

Interim Award in ICC Case No. 8879, 11(1) ICC Ct. Bull. 84, 89 (2000)

Interim Award in ICC Case No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83-84 (2000); Award in NAI Summary Arbitral Proceedings, Case No. 2212 (28 July 1999), XXVI Y.B. Comm. Arb. 198 (2001)

Interim Award in ICC Case No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83-84 (2000)

Interim Award in ICC Case No. 8894, 11(1) ICC Ct. Bull. 94, 97 (2000); Islamic Republic of Iran v. United States of America, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT (18 May 1993), 29 Iran-US C.T.R. 214 (1993)

REFERENCIA

Judgment of 3 August 2004, 1HK O 1181/94/1, reported at www.dis-arb.de (Landgericht Regensburg)

Islamic Republic of Iran v. United States of America, Case A/15 & A/24, Award No. ITL 33-A-4/A-15(III)-2 (1 February 1983), 5 Iran-US C.T.R. 131, 133 (1984)

Partial Award in ICC Case No. 4998, 113 J.D.I. (Clunet) 1139 (1986)

Partial Award in ICC Case No. 4126, in S. Jarvin & Y. Derain (eds.), Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985 511, 513-514 (1990); Order No. 5 of 2 April 2002 Regarding Claimant's Request for Interim Relief in ICC Case, 21 ASA Bull. 810, 816 (2003)

Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria, Order, ICSID Case No. ARB/03/24 (6 September 2005)

Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Prod. Co. (2006) EWHC 345 (Q.B.)

Tokios Tokelés v. Ukraine, Procedural Order No. 3, ICSID Case No. ARB/02/18 18 January (2005)

Tribunal Arbitral Ad-hoc del 4 de diciembre de 2006

E. OTRAS FUENTES**REFERENCIA**

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.rae.es

Diccionario Larousse. Marchandise

Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el arbitraje internacional, aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004

Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el arbitraje internacional, aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004

Muestras esquemáticas del proceso de producción del cemento portland mencionado. Cement.org, "Virtual Cement Plant Tour" <http://www.cement.org/basics/images/flashtour.html>

New Zealand Institute of Chemistry. "The Manufacture of Portland Cement."

RELACIÓN DE HECHOS

Vetusta es una empresa con 25 años de experiencia en el sector de construcción de plantas químicas, industriales y refinerías. Casi medio centenar de proyectos alrededor del mundo la avalan y son prueba de su más que reconocido prestigio internacional.

Vetusta concurrió a una licitación organizada por la compañía Regenta, para la elección del contratista que se encargaría de diseñar, construir y poner en funcionamiento una nueva planta de cemento portland.

Regenta contrató con Vetusta, pese haberse presentado propuestas más económicas, debido a la experticia y especialidad de esta última en la ejecución de proyectos similares de construcción de plantas de cemento.

El contrato se concluyó bajo la modalidad “llave en mano”, sujeto a las condiciones particulares acordadas por las partes por escrito y contenidas en el Contrato y las Condiciones del Contrato.

Cimientos

Dado que el terreno a construir no contaba con estudios geotécnicos que pudieran reflejar sus características con miras al diseño de la planta, Vetusta realizó los estudios de suelos requeridos sobre el predio con sujeción a sus procedimientos y estándares utilizados ampliamente a nivel internacional. Al realizar los estudios antes mencionados, Vetusta utilizó técnicas de penetración y sondeos mecánicos, técnicas altamente fiables, con una rigurosidad en el número y en las distancias de toma de muestras que incluso superó lo requerido por la legislación local para suelos de tipo S-B.

Vetusta diseñó y elaboró el proyecto de construcción de la planta de cemento portland para Regenta con base en la información disponible.

Sin embargo, una vez iniciada la obra, Vetusta pudo corroborar la existencia de aguas subterráneas profundas. Esta característica del terreno no fue detectada por los estudios geotécnicos adelantados por Vetusta.

La existencia imprevisible de aguas subterráneas a gran profundidad exige un cambio de los diseños de cimentación del proyecto en favor de un esquema de cimentación soterrado, para evitar que el curso del agua subterránea afectara la planta a construir.

De inmediato, Vetusta informó del hallazgo inesperado de esta característica del terreno a Regenta mediante correo electrónico de fecha 10 de mayo de 2011, poniéndola al tanto del impacto que esto tendría sobre el proyecto.

Adjunto al correo electrónico mencionado, Vetusta incluyó una propuesta de modificación de conformidad con las exigencias del Contrato.

Alegando no ser experto en asuntos de construcción, Regenta dio traslado de la propuesta al Ingeniero, quien dio su visto bueno a la necesidad de la modificación y al nuevo diseño de los cimientos.

Si bien Regenta nunca se pronunció expresamente sobre la propuesta de modificación del Contrato, una vez el Ingeniero emitió su visto bueno, ambas partes entendieron que el proyecto había sido modificado, hasta el punto que Regenta misma hizo seguimiento a la ejecución de las modificaciones.

Inicio de la controversia

El 8 de agosto de 2011 Vetusta envió una comunicación a Regenta solicitando que el pago de los sobrecostos propios de la modificación del proyecto de cimentación se hiciera conjuntamente con el pago de la primera fase del proyecto.

Sorpresivamente, la respuesta de Regenta desconoció la existencia del acuerdo previo de variación del Contrato, imputando la necesidad de modificación del proyecto de cimentación a la supuesta negligencia de Vetusta.

De los mecanismos de solución de controversias

Vetusta acudió a los mecanismos contractuales de solución de controversias esperando poder obtener una decisión imparcial sobre la disputa. Sin embargo, tanto el Ingeniero como dos de los tres miembros del CAD tenían importantes vínculos comerciales con Regenta, lo cual

comprometía su independencia e imparcialidad.

El Ingeniero había actuado como ingeniero civil encargado de la otra planta de cemento de Regenta, y dos de los miembros del CAD trabajan para una firma que asesora a Regenta.

Las decisiones del Ingeniero y del CAD desestimaron las pretensiones Vetusta. La decisión de éste último, se extralimitó en sus funciones al decidir sobre aspectos no puestos a su consideración declarando, sin fundamentos fácticos, que Vetusta había incumplido el Contrato.

De las huelgas y paralizaciones

De manera paralela al trámite de la discusión entre las partes por los sobre costos de los cimientos ante el CAD, el descontento de las poblaciones locales fue en aumento.

Por un lado, la población agrícola aledaña se opuso a la construcción de la planta de cemento por los posibles daños ambientales que podría sufrir su principal fuente de ingresos: el campo.

Adicionalmente, un grupo de personas empezó a oponerse a la construcción de la planta con base en la creencia de que las aguas profundas encontradas bajo el predio de Regenta eran en realidad un río subterráneo que figura en la mitología de la cultura Naxicali.

Los dos grupos que se oponen al proyecto escalaron el nivel de sus agresiones contra el proyecto. La intensidad de la oposición de estos grupos tuvo un efecto de retroalimentación mutuo, pues el aumento en la intensidad de las manifestaciones de un grupo motivaba sin falta al otro grupo a intensificar sus acciones contra el proyecto. Esta dinámica resultó en la intimidación directa por parte de los opositores del proyecto a los empleados y contratistas de la planta.

Regenta contaba con todas las licencias necesarias para la construcción desde antes del inicio de la ejecución del proyecto, sin embargo, las autoridades de Andina no intervinieron para detener las manifestaciones porque la oposición al proyecto de la planta de Regenta se convirtió en un tema políticamente costoso en Andina.

Las agresiones contra los trabajadores y la operación de construcción de la planta no solo tuvo como efecto la constante paralización de los trabajos, sino que la presión sobre los trabajadores también resultó en huelgas motivadas por la situación de seguridad.

Vetusta, buscando conjurar los reclamos de los trabajadores, que amenazaban con afectar la continuidad del proyecto, incrementó los salarios de los trabajadores, medida ésta, que había sido exitosamente aplicada por Vetusta para resolver situaciones similares en otros proyectos.

Vetusta puso en conocimiento de Regenta esta situación que afectó la continuidad y costo de la ejecución del proyecto.

De la Garantía Bancaria a Primera Demanda

Una vez emitida la decisión del CAD, la controversia entre las partes persistió. Vetusta manifestó su desacuerdo con la decisión adoptada por el CAD e instó a Regenta a llegar a un acuerdo para transigir la controversia.

Regenta, al ver que Vetusta se sostuvo en su posición, prohibió la entrada al sitio de construcción a los trabajadores de esta última, deteniendo por completo los trabajos en el lugar.

Igualmente, Regenta presentó ante el Banco la Garantía contractual para el cobro, con base en las decisiones sin fundamento del Ingeniero y del CAD.

Ante una acción tan incoherente por parte de Regenta, Vetusta, sin encontrar otra opción, se dispuso a adoptar todas las vías legales posibles para paralizar el pago de la Garantía.

Luego de que diligentemente Vetusta pusiera en conocimiento del Banco todas las situaciones de independencia e imparcialidad tanto del Ingeniero como el CAD, así como la extralimitación de sus funciones, debido a un supuesto riesgo reputacional, el Banco no accedió a paralizar el pago.

Vetusta se vio obligada a recurrir a las vías judiciales. Como consecuencia de ello, el Juzgado de primera instancia de Alas dictó una Medida Cautelar prohibiendo la ejecución del pago, por lo que el Banco paralizó el pago hasta que se levantase la orden o se resolviera la presente controversia.

SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

El Tribunal Arbitral no debe declararse competente para modificar unilateralmente el Contrato o para ordenar medidas cautelares de carácter coercitivo, pues estaría desconociendo las actuaciones contractuales de las partes. No obstante, debe declararse competente para conocer de las decisiones del Ingeniero y del CAD y para ordenar a Regenta que asuma los sobrecostos generados por el cambio de cimientos, la huelga y las paralizaciones.

El Contrato que celebraron Regenta y Vetusta para la construcción y entrega de una planta de Cemento Portland en operación, puso en cabeza de Regenta la asunción de los riesgos que después se configuraron. Regenta, sin embargo, inició un procedimiento arbitral buscando que Vetusta asuma el costo de esas situaciones imprevistas a las que no se encuentra obligado en virtud de los acuerdos alcanzados por las partes a la firma del contrato y durante la ejecución del mismo. Por lo anterior, el tribunal no debe acceder a las pretensiones de Regenta en relación a (i) la asunción de los costos, (ii) el incumplimiento que nunca probaron ni se dio y (iii) mucho menos debe ordenar el pago de la garantía, puesto que su cobro se hizo de mala fe.

ARGUMENTOS SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Tribunal Arbitral debe declararse competente para conocer de las controversias derivadas del Contrato. No obstante, debe declararse incompetente para modificar unilateralmente el Contrato u ordenar medidas cautelares de carácter coercitivo tendientes a su cumplimiento.

I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA ENTRE REGENTA Y VETUSTA

2. El Contrato tiene una Cláusula Arbitral vinculante, y, previo a la concurrencia ante este Tribunal Arbitral, las partes agotaron, desde el punto de vista meramente formal, los mecanismos previos de solución de conflictos pactados en el Contrato. No obstante, el Tribunal Arbitral no es competente para modificar unilateralmente el Contrato, y debe desconocer las decisiones del Ingeniero y del CAD.

A. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de la disputa respecto del cumplimiento del Contrato, pero debe declararse incompetente para modificarlo unilateralmente.

3. Vetusta no desconoce la posición de Regenta respecto de la competencia del Tribunal Arbitral para resolver las controversias surgidas entre las partes en relación con el Contrato. La Cláusula Compromisoria contenida en el mismo muestra la voluntad de las partes, tendiente a solucionar por medio de Arbitraje todo conflicto vinculado al desarrollo del negocio económico que se reguló en el Contrato. No obstante, el poder otorgado al Tribunal Arbitral no le permite modificar el Contrato unilateralmente.

1) Se cumplieron formalmente los prerequisites previstos en el Contrato.

4. El Contrato tiene una Cláusula Compromisoria válida, que produce efectos jurídicos y contiene los elementos sustanciales en materia de arbitraje internacional¹. Previo a acudir a este Tribunal Arbitral, las partes agotaron, desde el punto de vista meramente formal, los dos mecanismos de solución de conflictos establecidos en el Contrato: (i) Vetusta solicitó la intervención del Ingeniero², y posteriormente (ii) el sometimiento de la disputa al CAD³.

2) El Tribunal Arbitral no es competente para modificar unilateralmente el Contrato.

5. Vetusta no encuentra razón alguna a la posición de Regenta frente al tema de la clara variación del Contrato, según se demostrará en este escrito. Durante el tiempo de ejecución del Contrato, Regenta accedió a la variación del mismo. No obstante, tiempo después empieza a comportarse contradictoriamente.
 6. Esta forma de actuar es contraria a la Buena Fe y si el tribunal llegase a desconocer estos tratos contractuales, estaría aceptando una violación clara y directa a los Principios generales del Derecho y al sentido y finalidad del Contrato. Por lo tanto, el tribunal debe abstenerse de modificar el Contrato que se ha ejecutado conforme a lo acordado por las partes.
- B. El Tribunal Arbitral es competente para conocer de las decisiones del Ingeniero y del CAD y debe desconocerlas.**
7. A pesar de que se agotaron formalmente los mecanismos previos de solución de conflictos, lo que agotó los requisitos de procedibilidad que otorgaron la plena competencia de este Tribunal Arbitral, desde el punto de

¹ Bond, Stephen. How to draft an arbitration clause. Journal of International Arbitration No. 6, Kluwer Law, 1989, p. 70.

² Respuesta a la Solicitud de Arbitraje, párrafo 13, y Doc. Resp. Sol. No. 2.

³ Respuesta a la Solicitud de Arbitraje, párrafo 16, y Doc. Resp. Sol. No. 4.

vista del fondo del asunto, este Tribunal Arbitral debe reconocer que el Ingeniero y el CAD no actuaron correctamente al faltar a los requisitos fundamentales de independencia e imparcialidad.

1) El Ingeniero, desde su nombramiento, así como durante el ejercicio de sus funciones, no actuó conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad.

8. A pesar de que el Contrato estableció que el Ingeniero sería nombrado de común acuerdo por las partes⁴, la realidad fue muy distinta ya que la empresa de ingeniería Quintanar y Asociados fue propuesta directamente por Regenta, sin dejar margen para que Vetusta sugiriera el nombramiento de otra empresa. Vetusta, acudiendo a su deber de diligencia, solicitó efectivamente las referencias profesionales tanto de la empresa como del Ingeniero, de los que no se evidenció nada extraño⁵. Frente a la absurda posición de Regenta, ante la clara variación de la obra, Vetusta decidió en su momento presentar el problema al Ingeniero⁶.
9. El Contrato es claro al establecer que la consultoría de ingeniería designada por las partes debía ser independiente, y el Ingeniero debía adoptar una decisión imparcial⁷, lo que evidentemente no sucedió en el presente caso ante la parcialidad del Ingeniero, por el conocimiento posterior de que éste había sido el ingeniero civil encargado de la otra planta de cemento portland que posee Regenta⁸. Esto representó una situación absurda conocida por Vetusta posteriormente que se reflejó claramente en la decisión del Ingeniero⁹.
10. El contrato de construcción generalmente estipula que el ingeniero debe actuar imparcialmente¹⁰. Bajo la concepción tradicional, el ingeniero está siempre bajo el deber de imparcialidad completa en su juicio y decisión¹¹. En este punto resulta relevante entender el alcance de los términos independencia e imparcialidad. Independencia es generalmente una función de previas o existentes relaciones que pueden ser catalogadas y verificadas, mientras que la imparcialidad es un estado mental. Generalmente se considera que la ‘dependencia’ se refiere exclusivamente a las preguntas que surjan de la relación entre un sujeto y una de las partes, sea financiera o de otra índole. En cambio, el concepto de ‘imparcialidad’ se considera conectado con un sesgo real o aparente del sujeto, ya sea en favor de una de las partes o en relación con los asuntos en disputa. La imparcialidad es, pues, un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia¹².
11. En consecuencia, Vetusta considera que la imparcialidad del Ingeniero resulta casi automáticamente de la clara situación de falta de independencia frente a la relación pasada con Regenta en un tema absolutamente similar al del presente caso, que involucró a su vez una planta de cemento portland.
12. Al respecto, hubo otra falta por parte del Ingeniero y es la que tiene que ver con la obligación de revelación de dichas circunstancias de claro interés para Vetusta. Para efectos de evitar cualquier riesgo de ser declarado en violación de una obligación de imparcialidad e independencia, un potencial árbitro o tercero debe revelar todos los hechos que podrían razonablemente ser considerados como motivos de descalificación. Este requisito de revelación es, por ejemplo en arbitraje, un deber continuo¹³.
13. En las notas explicativas a las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses de 2004, el grupo de trabajo aceptó un alcance subjetivo para la revelación, que se refiere a la prueba subjetiva frente a si determinados hechos podrían causar dudas en la mente de las partes involucradas en determinado caso¹⁴. Al respecto, resulta evidente para Vetusta que, de haber sabido con anterioridad los hechos conocidos

⁴ Doc. Sol. No. 2. Cláusula 35, Doc. Sol. No. 3. Cláusula 5.1.

⁵ Resp. Sol. Arb. párrafo 6.

⁶ Doc. Resp. Sol. No. 2.

⁷ Doc. Sol. No. 3, cláusula 5.1.

⁸ Resp. Sol. Arb. Párrafo 14.

⁹ Doc. Sol. No. 11.

¹⁰ Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, p. 528.

¹¹ Cfr. Bunni, The FIDIC Form of Contract, 2da ed, p. 81. In FIDIC, Guide to the use of FIDIC (Red Book), 4ta ed.

¹² Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, Fifth Edition, Student Version. Oxford University Press, first published (2009), párrafos 4.76 y 4.77.

¹³ BLACKABY Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, Fifth Edition, Student Version. Oxford University Press, first published (2009), párrafos 4.80 y 4.81.

¹⁴ Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el arbitraje internacional, aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004, páginas 10 a 13.

posteriormente sobre la relación del Ingeniero con Regenta, se habría opuesto tajantemente a su nombramiento.

14. La última sección de las directrices mencionadas anteriormente contiene una lista no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia de un sujeto. Resulta relevante para el presente caso observar que en el listado ‘naranja’ de estas directrices se establecen como situaciones los servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje, si anteriormente el sujeto fue consultado o prestó asesoría en otro asunto a la parte que lo designó, pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos. También, la situación en la que el árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o una filial de éstas, por ejemplo como empleado¹⁵. En concordancia, Vetusta considera que la situación pasada entre el Ingeniero y Regenta se enmarca claramente en ese tipo de situaciones contenidas en el listado naranja de las directrices.
15. A pesar de que estas directrices en términos generales se refieren a asuntos de arbitraje internacional, se podría pensar que la decisión definitiva de un comité como el CAD es equiparable al laudo en equidad o “no ritual”. Por ejemplo, en derecho italiano existe el “arbitrato irrituale”, una forma de arbitraje que no requiere la aplicación estricta de las reglas procesales. La Corte de Apelación de Roma en algún momento decidió que la decisión definitiva de un ingeniero tenía la naturaleza jurídica de un laudo “irrituale” y ordenó su ejecución como si fuera un laudo. Ahora bien, el mismo razonamiento es extendible a la decisión definitiva de un comité¹⁶. En consecuencia, debe hacerse la misma aplicación de estos principios fundamentales tanto al Ingeniero como al CAD.
16. La fuerte percepción de los contratistas es que el llamado ingeniero ‘independiente’ tenderá a favorecer la posición del propietario o empleador. Las preocupaciones de la contratista son aún más graves cuando el ingeniero está resolviendo disputas entre las partes en primera instancia¹⁷, como lo sucedido en el presente caso. En consecuencia, Vetusta solicita a este Tribunal Arbitral que reconozca que el Ingeniero faltó a los principios de independencia e imparcialidad y desconozca el contenido de su decisión.

2) El CAD desde su nombramiento, así como durante el ejercicio de sus funciones, no actuó conforme a los requisitos de independencia e imparcialidad, extralimitándose en sus funciones

17. Ante una situación claramente absurda, Vetusta no encontró otra opción diferente a acudir, de acuerdo con los términos del Contrato, al CAD¹⁸. La elección de los miembros se hizo de acuerdo a lo señalado por Regenta, salvo por un detalle evidentemente relevante y era la relación del señor Ronzal y la señora Petronila Rianzares con Regenta. El señor Ronzal, en su Declaración de Independencia e Imparcialidad¹⁹, sólo hizo referencias vagas a una colaboración ocasional con la firma Rianzares, Pérez y Carraspique, y el conocimiento de algunas personas responsables en Regenta. No obstante, en el ejercicio de su deber de diligencia, Vetusta se enteró unos días después de que el señor Ronzal además de catedrático en la Universidad de Vegallana, actuaba como consultor permanente para la firma mencionada en materias complejas sobre estructuras, y que había asesorado en el cálculo de estructuras de varios proyectos suscritos por Regenta²⁰. Respecto de la señora Petronila Rianzares, Vetusta se enteró de que ella trabaja para la firma mencionada, junto con el señor Ronzal²¹. Estas circunstancias eran una clara y automática inhabilidad para tomar una decisión imparcial y cumplir con sus funciones dentro del CAD.
18. Generalmente, los comités como el CAD se regulan directamente por disposiciones contractuales. Bajo la dinámica de la figura, se nombran personas independientes (sin ningún tipo de vínculo con alguna de las partes). Entre los requisitos y las funciones de los miembros está ser y permanecer independientes a las

¹⁵ Ibidem, páginas 23 a 25.

¹⁶ Antonio Crivellaro, El Dispute Board o “Comisión para la resolución de controversias”: ¿un útil mecanismo pre-arbitral?, Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias, Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, (Wolters Kluwer España 2011 Volume 2011 Issue 12) p. 8.

¹⁷ International Construction Arbitration Law, Jane Jenkins, James Stebbings, Arbitration in Context Series Volume 1, 2006. Kluwer Law International, página 31.

¹⁸ Resp. Sol. Arb. párrafo 16, Doc. Resp. Sol. No. 4.

¹⁹ Doc. Resp. Sol. No. 3.

²⁰ Resp. Sol. Arb. párrafo 17.

²¹ Doc. Resp. Sol. No. 7.

partes, ya que su vinculación es con el proyecto, no hay relación de subordinación con ninguna de las partes²². Por eso, las reglas sobre los comités señalan que los miembros deben firmar una declaración de independencia y comunicar por escrito a las partes y a los demás miembros del comité cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su independencia²³. Según los hechos del caso, la señora Rianzares no presentó documento alguno, y el presentado efectivamente por el señor Ronzal no expuso las circunstancias reales que lo relacionaban y aún hoy lo relacionan con Regenta. Según el Código de Ética de la Dispute Resolution Board Foundation, la primera premisa es que los miembros de un comité deben revelar cualquier interés o relación que podría verse posiblemente como afectando la imparcialidad o que podría crear una apariencia de parcialidad o sesgo. Esta obligación de revelar es continua durante toda la duración del comité²⁴.

19. Las practicas y procedimientos para este tipo de comités han establecido una serie de directrices que resultan pertinentes al presente caso.²⁵ Entre otras, las directrices establecen el deber de las partes de investigar las calificaciones especialmente respecto de conflictos de interés y neutralidad de todos los miembros de los comités, lo cual claramente cumplió Vetusta. Adicionalmente, se establece como un elemento esencial en el proceso de un comité es que cada parte contratante esté completamente satisfecha con cada miembro, por lo que ambas partes deben investigar cuidadosamente los nominados para asegurarse que estos son imparciales y no tienen conflictos de intereses²⁶.
20. Frente al alegato de Regenta respecto de los escasos “titulados universitarios e ingenieros”, considera Vetusta que, siendo un caso de claro riesgo de conflicto de intereses, no puede ser asumido por Vetusta. Si Regenta considera que son circunstancias ‘normales’ que en nada afectan la labor del CAD y el Ingeniero, entonces Vetusta no ve la razón por la que estas circunstancias no fueron puestas en su conocimiento en la oportunidad debida. Frente a este tipo de explicación, Vetusta habría podido al menos considerar la situación. Resulta un claro desconocimiento de los hechos que Regenta en el Escrito de Demanda (párrafo 104) establezca que ninguna de las partes alegó ningún inconveniente a los nombramientos del Ingeniero y el CAD si Vetusta fue clara en establecer que las circunstancias mencionadas tanto del Ingeniero como de los miembros del CAD fueron conocidas posteriormente a sus nombramientos.
21. Por otro lado, en lo que tiene que ver con en el desarrollo de la audiencia, es necesario que este Tribunal Arbitral tenga presente que Vetusta se manifestó respecto de la situación, sobre lo cual el señor Ronzal hizo caso omiso y continuó con el procedimiento que, como era previsible ante tanto absurdo, culminó con una decisión favorable a Regenta. Encontró Vetusta con sorpresa que Regenta en su Escrito de Demanda alegara que al no ser un arbitraje, el principio de contradicción no aplicaba. A pesar de que es cierto que es un procedimiento muy distinto al de un arbitraje, este principio es de índole universal, y los códigos de ética de este tipo de comités establecen que en este tipo de audiencias los miembros deben buscar establecer la verdad de los hechos y darle la oportunidad a ambas partes de intervenir y probar sus posiciones.
22. Según las directrices nombradas anteriormente, se establece respecto de la audiencia que la misma es la oportunidad para que cada parte explique su posición y una oportunidad para la otra de emitir sus respuestas al respecto. El objetivo final es ventilar la disputa y determinar los hechos. Una audiencia llevada a cabo adecuadamente, le permite a cada parte desafiar la posición y argumentos de la otra. Los comités deben

²² Derecho Internacional de los Negocios, Alcances. Adriana Zapata de Arbelaez, Compiladora. Universidad Externado de Colombia. Tomo III, 2009. La resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del "engineer" y de los "dispute boards". Maximiliano Rodríguez Fernandez.

²³ Geoff Brewer, Case Law: Dispute Boards Contract Journal, 6 de septiembre de 2006, p. 34.

²⁴ The Dispute Resolution Board Foundation, Fostering Common Sense Dispute Resolution Worldwide, Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards. Published by the Dispute Resolution Board Foundation to replace the 1996 Construction Dispute Review Board Manual. Revised January 2007, p. 1, chapter 6.

²⁵ The Dispute Resolution Board Foundation, Fostering Common Sense Dispute Resolution Worldwide, Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards. Published by the Dispute Resolution Board Foundation to replace the 1996 Construction Dispute Review Board Manual. Revised January 2007.

²⁶ The Dispute Resolution Board Foundation, Fostering Common Sense Dispute Resolution Worldwide, Practices and Procedures for Dispute Review Boards, Dispute Resolution Boards, Dispute Adjudication Boards. Published by the Dispute Resolution Board Foundation to replace the 1996 Construction Dispute Review Board Manual. Revised January 2007, p. 1, sección 2, chapter 2.

conducir la audiencia de una manera profesional e imparcial²⁷. Esto claramente no fue lo que sucedió y lo puso de presente el señor Saturnino Bermúdez en su opinión disidente²⁸.

23. Finalmente, este Tribunal debe establecer que el CAD se extralimitó en sus funciones. Al mismo le fue sometida una decisión de carácter técnico sobre la necesidad y razonabilidad de aprobar o no la variación solicitada por Vetusta, por lo que resultó absurdo que la decisión del CAD se refiriera a temas relacionados con el cumplimiento del Contrato. Prueba de ese absurdo fue la opinión disidente del señor Saturnino Bermúdez.
24. Respecto del alegato de Regenta en el Escrito de Demanda, sobre la supuesta no extralimitación de los poderes del CAD, encuentra Vetusta que el Contrato recogió la voluntad de las partes, y en ese sentido también estableció los límites generales dirigidos a los temas a ser sometidos ante el CAD. Si bien es cierto que el Contrato es claro al establecer en su cláusula 21.1 que “cualquier controversia” podía ser sometida al CAD, la interpretación de esto no debe ser extensiva, sino que implica que cualquier solicitud de una de las partes debe ser conocida y decidida por el CAD, mas no que este órgano puede decidir cosas que no fueron puestas a su consideración por la parte solicitante.
25. En consecuencia, Vetusta solicita a este Tribunal Arbitral que reconozca que el CAD faltó a los principios de independencia e imparcialidad, y se extralimitó en sus funciones, por lo que debe desconocer el contenido de su decisión.

II. EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES DE CARÁCTER COERCITIVO

26. En virtud de la facultad del Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia, este debe declararse incompetente para modificar o decidir respecto de la Medida Cautelar decretada por el Juzgado. Adicionalmente, debe abstenerse de dictar orden de pago alguna confirmando la orden de suspensión de la ejecución de la Garantía dictada por el Juzgado.

A. El Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para emitir órdenes al Juzgado en relación con la Medida Cautelar decretada por este.

27. Vetusta reconoce, tal como fue esbozado en el Escrito de Demanda, que el Tribunal Arbitral tiene la autoridad para considerar y decidir sobre disputas relacionadas con su propia competencia. Incluso, este llamado principio de “competence-competence” ha sido reconocido por todos sistemas legales nacionales desarrollados²⁹, y se puede considerar como un principio del derecho internacional del arbitraje universalmente reconocido³⁰. Tanto el artículo 6(5) de las Reglas CCI como el artículo 16 de la Ley de la Sede reconocen expresamente esta facultad de los árbitros.
28. Bajo el ejercicio de esta facultad, el Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para tomar medida alguna relacionada con una decisión de una corte nacional como es en este caso la decisión del Juzgado de suspender la ejecución de la Garantía. Según un tribunal arbitral, sería “muy serio” ordenar a las partes modificar una medida provisional previamente decretada por una corte nacional, razón por la que en ese caso el tribunal se negó a hacerlo³¹. En otro caso, el tribunal concluyó categóricamente que no era competente para levantar una medida ordenada por una corte nacional u ordenar a los demandados a renunciar a esta³².

²⁷ Ibidem, p. 2 y 5, section 1, chapter 2.

²⁸ Doc. Sol. No. 12.

²⁹ Final Award in ICC Case Nos. 6515 and 6516, XXIVa Y.B. Comm. Arb. 80 (1999).

³⁰ Award in ICC Case No. 1526, 101 J.D.I. (Clunet) 915 (1974); Interim Award in ICC Case No. 7929, XXV Y.B. Comm. Arb. 312 (2000).

³¹ Partial Award in ICC Case No. 4998, 113 J.D.I. (Clunet) 1139 (1986).

³² Award in ICC Case (Unidentified), in Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court*, in ICC, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* 45, 57 (1993). See also Partial Award in ICC Case No. 4126, in S. Jarvin & Y. Derain (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985* 511, 513-514 (1990); Order No. 5 of 2 April 2002 Regarding Claimant's Request for Interim Relief in ICC Case, 21 ASA Bull. 810, 816 (2003).

29. Una decisión de una corte nacional sobre medidas provisionales debería ser considerada como un apoyo al proceso arbitral, disponible en circunstancias en las que un tribunal arbitral no puede actuar, pero sujeto a las decisiones subsiguientes del tribunal arbitral. Esto concuerda con la autoridad del tribunal arbitral para llevar a cabo el proceso de resolución de conflictos y, finalmente, resolver la disputa entre las partes³³.
30. En el presente caso, el Juzgado decretó la Medida Cautelar antes de la conformación de este Tribunal Arbitral, lo que debería considerarse como una decisión autónoma que mal podría ser revocada por este Tribunal Arbitral, por las razones descritas anteriormente. Es importante poner de presente que en el Escrito de Demanda Regenta no presenta ningún fundamento para su pretensión, su argumento central está enfocado en demostrar que la tendencia de los Comités ad hoc es la de inhibirse a la hora de anular las decisiones arbitrales, a lo que Vetusta no encuentra ninguna conexión con el tema en disputa.
31. Adicionalmente, los poderes de un tribunal arbitral están virtualmente siempre limitados a las partes del arbitraje y al acuerdo arbitral³⁴. En consecuencia, un árbitro generalmente puede (y lo hará) ordenar medidas provisionales sólo contra las partes del arbitraje³⁵. Incluso en los casos en los que no hay límites expresamente consagrados, la naturaleza contractual de un proceso/procedimiento arbitral implica que la autoridad del tribunal está limitada a las partes involucradas³⁶. En el presente caso, una orden dictada por el Tribunal Arbitral en relación con la Medida Cautelar, necesariamente implicaría una orden a un tercero, como lo es al Juzgado que, evidentemente, no es parte en la presente disputa.
32. En consecuencia, contrario a lo esbozado en el Escrito de Demanda, el Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para emitir una orden que pueda modificar de alguna manera la decisión del Juzgado.

B. El Tribunal Arbitral debe abstenerse de dictar orden de pago alguna confirmando la orden de suspensión de la ejecución de la Garantía dictada por el Juzgado.

33. Vetusta no desconoce el hecho de que, de conformidad con el artículo 17, numeral 1 de la Ley de la Sede y el artículo 28 de las Reglas CCI, según lo señala Regenta en los § 71 y 72 del Escrito de Demanda, este Tribunal Arbitral es competente para dictar medidas cautelares. No obstante, esta facultad no es ilimitada.
34. En muchos casos, la ley aplicable al poder de los tribunales arbitrales para dictar medidas provisionales es la ley procedimental del arbitraje, típicamente la legislación arbitral de la sede³⁷. La mayoría de los laudos toman a la ley arbitral de la sede como la ley que define el poder de los árbitros para dictar medidas provisionales³⁸, así como la mayoría de cortes nacionales³⁹ y comentarios⁴⁰. En consecuencia, a pesar de que las Reglas CCI otorgan a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares sin requerimientos adicionales, resulta necesario analizar los requerimientos de la Ley de la Sede.
35. En efecto, el artículo 17A de la Ley de la Sede establece una serie de condiciones que deben cumplirse para efectos de otorgar medidas cautelares. Entre otros, el solicitante de una medida, debe, en términos del

³³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, página __, Kluwer Law International.

³⁴ Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court*, in ICC, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* 45, 59 (1993); D. Caron, L. Caplan & M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* 540 (2006).

³⁵ Final Award in ICC Case No. 7828, citado en Lew, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases*, 11(1) ICC Ct. Bull. 23, 25 (2000).

³⁶ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, página __, Kluwer Law International.

³⁷ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, página __, Kluwer Law International.

³⁸ Interim Award in NAI Case No. 1694 (12 December 1996), XXIII Y.B. Comm. Arb. 97 (1998); Interim Award in ICC Case No. 8879, 11(1) ICC Ct. Bull. 84, 89 (2000); Interim Award in ICC Case No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83-84 (2000); Award in NAI Summary Arbitral Proceedings, Case No. 2212 (28 July 1999), XXVI Y.B. Comm. Arb. 198 (2001); See also Schwartz, *The Practices and Experience of the ICC Court*, in ICC, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration* 45, 58 (1993).

³⁹ *Charles Constr. Co. v. Derderian*, 586 N.E.2d 992 (Mass. 1992); *Pacific Reins. Mgt Corp. v. Ohio Reins. Corp.*, 935 F.2d 1019, 1022-1023 (9th Cir. 1991); *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville*, 729 F.2d 1046, 1049 (6th Cir. 1984); *Sperry Int'l Trade, Inc. v. Gov't of Israel*, 689 F.2d 301, 306 (2d Cir. 1982); *Konkar Maritime Enter., SA v. Compagnie Belge d'Affretement*, 668 F.Supp. 267, 271 (S.D.N.Y. 1987); Judgment of 3 August 2004, 1HK O 1181/94/1, reported at www.dis-arb.de (Landgericht Regensburg); *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Prod. Co.* (2006) EWHC 345 (Q.B.).

⁴⁰ See, e.g., J. Lew, L. Mistelis & S. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* 588 (2003); S. Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires* 92 (1998); E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* 1314-1324 (1999).

artículo mencionado, convencer al tribunal arbitral de que “a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere...”.

36. De acuerdo con un laudo frecuentemente citado “el Tribunal Arbitral debe solamente dictar medidas provisionales si la parte solicitante ha justificado la amenaza de un perjuicio difícilmente reparable”⁴¹. No es apropiado dictar una medida donde no se genere un daño irreparable o sustancial al solicitante en caso de que la medida no se conceda⁴². En un laudo arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el tribunal estableció que una medida provisional es necesaria cuando las acciones de una de las partes son capaces de causar o amenazar un perjuicio irreparable a los derechos invocados⁴³.
37. En el presente caso, en ningún momento Regenta, en el Escrito de Demanda, se refiere a este tipo de circunstancias que, como quedó demostrado, deberían haber sido demostradas a este Tribunal Arbitral. Incluso si este Tribunal Arbitral llegare a considerar la existencia real de alguna de las condiciones exigidas, no encuentra Vetusta que se cumpla ninguna, ni Vetusta va a entrar a pronunciarse sobre esto porque claramente no le corresponde y Regenta, como solicitante, debió ser la que lo demostrara.
38. Adicionalmente a lo anterior, Regenta en su Escrito de Demanda ni siquiera hace referencia a estándares internacionales otorguen a este Tribunal Arbitral sustento para efectos de decidir respecto de la solicitud de la medida. Las fuentes internacionales proporcionan los estándares apropiados para el otorgamiento de medidas cautelares en arbitraje internacional. Estas fuentes consisten en laudos arbitrales, en los que los tribunales han considerado asuntos similares, basándose en principios de derecho comunes a los estados desarrollados⁴⁴.

ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA

39. Regenta y Vetusta celebraron un contrato para la construcción y entrega de una planta de Cemento Portland en operación, que cumpliera con unos estándares de calidad productiva establecidos contractualmente. La demanda interpuesta por Regenta, sin embargo, busca que Vetusta asuma el costo de situaciones imprevistas a las que no se encuentra obligado en virtud de los acuerdos alcanzados por las partes a la firma del contrato y durante la ejecución del mismo. A continuación exponremos las razones por las cuales el Tribunal debe abstenerse de acceder a las pretensiones propuestas por Regenta y, por el contrario, conceder las pretensiones enunciadas en el presente escrito de respuesta.

I. LA CONVENCIÓN DE VIENA NO ES APLICABLE AL CONTRATO, DEBIDO A LA NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LAS PARTES.

40. La demanda presentada por Regenta describe las normas aplicables a la controversia contractual que nos ocupa con base en la Cláusula de Ley Sustancial del Contrato. Como lo afirma la parte demandante, al Contrato le son aplicables los Principios UNIDROIT sobre lo cual no existe controversia alguna entre las partes. Sin embargo, no es cierto que al contrato le sea aplicable la Convención de Viena, pues ésta excluye explícitamente de su ámbito de aplicación a los contratos que, como el Contrato celebrado por Regenta y Vetusta, recaen sobre bienes inmuebles. Adicionalmente, aún si se aceptara que las obligaciones de entrega

⁴¹ Interim Award in ICC Case No. 8786, 11(1) ICC Ct. Bull. 81, 83-84 (2000); Interim Award in ICC Case No. 8894, 11(1) ICC Ct. Bull. 94, 97 (2000); Islamic Republic of Iran v. United States of America, Decision No. DEC 116-A15(IV) & A24-FT (18 May 1993), 29 Iran-US C.T.R. 214 (1993).

⁴² Lew, Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases, 11(1) ICC Ct. Bull. 23, 28 (2000).

⁴³ Tokios Tokelés v. Ukraine, Procedural Order No. 3, ICSID Case No. ARB/02/18 (18 January 2005), par. 8; Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria, Order, ICSID Case No. ARB/03/24 (6 September 2005), par. 38; Islamic Republic of Iran v. United States of America, Case A/15 & A/24, Award No. ITL 33-A-4/A-15(III)-2 (1 February 1983), 5 Iran-US C.T.R. 131, 133 (1984).

⁴⁴ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2009, página __, Kluwer Law International.

asumidas por mi representada recaen sobre mercaderías, la Convención de Viena no le sería aplicable al Contrato, por tener un elemento preponderante de prestación de servicios.

A. Las obligaciones de entrega asumidas por Vetusta se encuentran por fuera del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena por cuanto el objeto de la entrega es un bien inmueble.

41. Contrario a lo sostenido por Regenta⁴⁵, la Convención de Viena no le es aplicable al Contrato por disposición misma de la norma. Si bien es cierto que los contratos de construcción en la modalidad “llave en mano” no se encuentran dentro de la lista de contratos excluidos del artículo 2 de la Convención, éstos se encuentran excluidos de su aplicación por no ajustarse al factor de aplicación material de la Convención de Viena.
42. El ámbito material de aplicación de la Convención se encuentra delimitado de manera general en su artículo 1º de la siguiente manera: “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes (...)”. El término “mercadería” no es definido explícitamente por la Convención de Viena, sin embargo, ésta sí adopta una definición implícita de mercaderías como bienes muebles al excluir expresamente de su ámbito de aplicación bienes que son tratados por algunas legislaciones nacionales como bienes inmuebles, tales como los “buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves”⁴⁶.
43. El carácter mueble de las mercaderías es consecuente con las palabras elegidas por la Convención. A diferencia de la palabra “bienes”, “mercaderías” tiene un significado restringido a elementos de naturaleza mueble destinados a la comercialización; el Diccionario de la Real Academia Española define la palabra mercadería como bien mueble transable⁴⁷. Esta característica de la definición de mercaderías es igualmente cierto para la contrapartida de este sustantivo en los demás idiomas oficiales de la Convención, inglés⁴⁸ y francés⁴⁹. Esta definición de mercaderías ha sido adoptada doctrina internacional sobre la Convención de Viena⁵⁰, así como por legislaciones internas que regulan directamente y de manera especial este tipo de bienes⁵¹.
44. El Contrato celebrado por Regenta y Vetusta tiene como objeto la entrega por parte de mi representada en una planta de producción de Cemento Portland. La puesta en operación de una planta de producción de Cemento Portland no es una labor que se limite simplemente a la provisión de maquinaria móvil y a la construcción de un edificio simple que la albergue. Una planta de producción de Cemento Portland funciona como una unidad a través de la integración de una serie de procesos y etapas de transformación y almacenamiento de características muy específicas, realizadas por medio de elementos fijos, tales como máquinas trituradoras de distintos tipos, hornos, silos, prensas, bandas transportadoras, máquinas empacadoras y demás elementos complementarios⁵², que conforman un proceso fijo y continuo.⁵³

45 Escrito de Demanda §40

46 Convención de Viena. Artículo 2 literal e.

47 “Mercadería: 1. f. Mercancía.” Y, a su vez, “Mercancía: 1. f. Cosa mueble que se hace objeto de trato o venta. 2. f. Trato de vender y comprar comerciando en géneros.”

48 Ver, por ejemplo: Uniform Commercial Code §2-105(1), que define de manera general a las mercaderías (“goods”) como bienes muebles. Para una definición aún más estricta de mercaderías, como bienes destinados a circular en el mercado comercial, ver *Enterprises Kato Inc. v. Canada* (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R.), [1983] F.C.J. No. 1064 (QL).

49 Diccionario Larousse. Marchandise.

50 John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999). Dr. Peter Schlechtriem. “Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. Manz, 1986.

51 Ver, por ejemplo: Uniform Commercial Code §2-105(1), que define de manera general a las mercaderías (“goods”) como bienes muebles. Para una definición aún más estricta de mercaderías, como bienes destinados a circular en el mercado comercial, ver *Enterprises Kato Inc. v. Canada* (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise – M.N.R.), [1983] F.C.J. No. 1064 (QL).

52 New Zealand Institute of Chemistry. “The Manufacture of Portland Cement.” descargado de: <http://nzic.org.nz/ChemProcesses/inorganic/9B.pdf> el 2 de abril de 2012.

53 Las siguientes direcciones contienen muestras esquemáticas del proceso de producción del cemento portland mencionado. Cement.org, “Virtual Cement Plant Tour” <http://www.cement.org/basics/images/flashtour.html>,

45. En consecuencia, la labor de diseño y construcción de una planta de producción de cemento Portland implica tanto la construcción de los cimientos y estructura de la planta, así como la disposición, instalación y calibración de los distintos elementos productivos de la misma para efectos de conformar un producto orgánico único orientado al proceso de producción.
46. Así, la obligación final de entrega asumida por mí representada en virtud del Contrato recae en realidad sobre un bien inmueble: la planta de producción de Cemento Portland como un todo, incluyendo los elementos productivos instalados e integrados a la misma. Así, las obligaciones asumidas recaen sobre bienes de naturaleza inmueble que se encuentran por fuera del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena.
47. Por lo tanto, la Convención de Viena no le es aplicable al Contrato, pues el objeto de éste no se ajusta al ámbito de aplicación material de la Convención, definido en el artículo 1o de la misma.

B. Los argumentos de la demanda son insuficientes para la aplicación de la Convención de Viena

48. En gracia de discusión y contrario a lo planteado en el escrito de demanda, aunque se aceptase que la planta de producción objeto del Contrato es una “mercadería”, la Convención no le sería aplicable a la presente controversia, por tratarse de un Contrato que contiene un elemento preponderante de prestación de servicios.
49. Regenta plantea que la Convención de Viena le es aplicable al Contrato porque el contrato de construcción celebrado de las partes no se encuentra excluido en virtud del artículo 3.2 de la Convención de Viena porque bajo los criterios cualitativo y teleológico, las obligaciones de mi Vetusta son preponderantemente de “entrega”. Dado que el primer argumento fue abordado en la sección anterior, a continuación abordaremos este último aspecto.
50. El artículo 3º de la Convención explícitamente diferencia los contratos de compraventa que naturalmente regula de otro tipo de contratos: los contratos de prestación de servicios. El artículo 3.2 contiene una previsión expresa que le niega el carácter de compraventa, para los efectos de la aplicación de la Convención, a los contratos donde las obligaciones de la parte cuya obligación consiste en proporcionar las mercancías contienen un elemento preponderante de prestación de servicios.⁵⁴
51. La demanda fundamenta la no preponderancia cualitativa de las obligaciones de prestación de servicios en el Contrato basándose erróneamente en la manera concreta de ejecución contractual de mi representada:
52. “(...) en base a un criterio cualitativo, se ha de tener en cuenta qué elementos contractuales presentan una mayor relevancia en cuanto a sus cualidades para el hoy DEMANDANTE. A este respecto, teniendo en cuenta que la mano de obra fue subcontratada por parte de VETUSTA a las poblaciones locales, el papel que desempeña la DEMANDADA se circunscribe a la entrega de la maquinaria, cadenas de producción, mobiliario y otros enseres corpóreos y tangibles, que bien responden a la noción de entrega de mercaderías.”
53. Por otro lado, el demandante sustenta la preponderancia teleológica de las obligaciones de entrega en el Contrato en que la intención de Regenta al celebrar el Contrato fue la producción de cemento a través de bienes mobiliarios y maquinaria provista por mi representada. La demanda sostiene que, a la luz de lo anterior, la construcción de la planta industrial es secundaria en importancia.
54. “De tal forma, la final y última razón que tiene REGENTA a la hora de contratar con la actual parte incumplidora es la producción de cemento, mediante un conjunto de maquinarias y otros elementos corpóreos que suponen la entrega de bienes; estando revestidos o cubiertos por una planta industrial cuya finalidad no es otra sino la de proteger a los bienes muebles situados en su interior.”
55. De esta manera, la demanda intenta sustentar la aplicación de la Convención de Viena a la presente controversia, que nada tiene que ver con la entrega de bienes mobiliarios. Esta posición es desacertada por varias razones, que serán expuestas a continuación.

C. El escrito de demanda aplica erróneamente los criterios de preponderancia.

56. Al no existir prueba alguna dentro del proceso del valor relativo del precio pagado por Regenta para cada una de las labores contratadas no es posible aplicar un criterio cuantitativo de la preponderancia de las

⁵⁴ Nota explicativa oficial al texto final de la Convención §9.

actividades de prestación de servicios dentro del Contrato para efectos de determinar la aplicabilidad de la Convención de Viena. Sin embargo, es posible hacer utilizar otros criterios, teleológicos y cualitativos para evaluar la aplicabilidad de la Convención. La demanda, sin embargo, aplica erróneamente estos criterios en su beneficio, como se explicará a continuación.

57. Como primera medida, no es cierto que las obligaciones de prestación de servicios que el Contrato impuso a mi representada no sean preponderantes cualitativamente en el Contrato. La demanda califica erróneamente la importancia cualitativa de los aspectos de prestación de servicios del Contrato con base en la ejecución directa de los mismos por parte de mi representada. La aplicación del método es incorrecta pues sin importar de qué manera los cumpla, mi representada asumió contractualmente labores de prestación de servicios de diseño, obra, calibración, custodia, así como otras complementarias a las anteriores. Los contratantes, salvo que las partes dispongan lo contrario, son libres de ejecutar sus obligaciones contractuales directamente o a través de terceros, sin que esto cambie el alcance de las obligaciones asumidas por éstas ni, consecuentemente, la naturaleza del Contrato.
58. Vetusta asumió obligaciones de prestación de servicios sustanciales, sin importar la manera como en la práctica las ejecutara. Estas obligaciones comprenden principalmente la elaboración de los estudios de suelos, el diseño de la planta, su construcción y calibración para el cumplimiento de los estándares de calidad fijados contractualmente. La importancia cualitativa de estas labores, contrario a lo manifestado por el escrito de demanda, no es menor. Por el contrario, constituyen un elemento sine qua non del valor funcional del proyecto.
59. En segundo lugar, la demanda argumenta que la esencia del objeto del Contrato era la provisión de los bienes muebles internos de la planta, pues solo éstos interesaban a Regenta por ser productivos. Al afirmar lo anterior, la demanda ignora por completo el carácter integral y complementario de las prestaciones asumidas por mi representada, intentando disminuir artificiosamente la importancia de las actividades de prestación de servicios asumidas como contratista.
60. La construcción y el diseño de una planta de producción de Cemento Portland no es un asunto menor, como lo intenta hacer ver el demandante. Si bien es cierto que el edificio en sí mismo no tiene un valor productivo por sí solo, no por esto es posible afirmar que la provisión de la maquinaria sea más importante que las demás obligaciones contractuales. La labor de diseño, construcción, instalación y calibración de los equipos tiene un impacto sustancial en la calidad del producto final. Debido precisamente a la importancia de la calidad de las especificaciones de la producción de la planta y al importante grado de complejidad de la labor técnica acometida por mi representada, es que Regenta escogió a Vetusta, compañía especializada en el montaje de este tipo de plantas, sobre otras compañías de construcción locales.⁵⁵ No es coherente que el demandante ahora reste importancia a los servicios especializados prestados por mi representada, cuando fueron precisamente éstos y los compromisos concretos sobre calidad del producto final⁵⁶ los que le llevaron a pagar un precio más alto al ofrecido por otros contratistas.⁵⁷
61. Por último, es importante anotar que la exclusión de aplicación del artículo 3(2) de la Convención de Viena fue introducido precisamente para excluir del ámbito de aplicación contratos que corresponden a un tipo de transacción comercial distinta por sus elementos de prestación de servicios, y en especial los contratos “llave en mano”.⁵⁸
62. Visto lo anterior, es claro que el escrito de demanda aplica erróneamente los criterios de preponderancia, sin que sea posible afirmar que los elementos de entrega del contrato prevalecen sobre los elementos de prestación de servicios a un nivel cualitativo ni teleológico. Por lo tanto, aún si se aceptara que el objeto del Contrato es materialmente compatible con el concepto de “mercadería”, la Convención no le sería aplicable porque el Contrato contiene un componente de prestación de servicios de gran importancia que excluiría su aplicación bajo el artículo 3(2) de la Convención.

55 Sol. Arb. §12.

56 Sol. Arb. §14.

57 Sol. Arb. §11.

58 Refiriéndose al numeral (1) del artículo 3 del proyecto, el cual corresponde al actual numeral (2). “In such cases, paragraph (1) provides that if the “preponderant part” of the obligation of the seller consists in the supply of labour or other services, such as in a “turnkey” contract, the contract is not subject to the provisions of this convention.” Comentario al Proyecto de la Convención en el Anuario de la UNCITRAL Vol. VII: 1976.

63. En conclusión, aún cuando las partes no excluyeron la aplicación de la Convención de Viena al Contrato en los términos del artículo 6 del tratado, ésta no le es aplicable por la naturaleza misma de las prestaciones principales del Contrato celebrado. El demandante claramente pretende la aplicación de estas normas al Contrato para su propio beneficio a pesar de que éstas no fueron diseñadas para este tipo de transacciones. Visto lo anterior, solicito al Tribunal abstenerse de aplicar la Convención de Viena a la presente controversia, pues dicha normatividad no fue diseñada para regir contratos como el que nos ocupa en el presente procedimiento arbitral.
64. Por último debe destacarse que no es cierto aquello que alega Regenta con respecto a la aplicación de la Convención de la CNUDMI al decir que esta normatividad no será aplicable por haberse elegido la aplicación a las reglas de las URDG⁵⁹. Debe decirse que aún cuando la Garantía sí contempla la aplicación de las reglas de la URDG, no es menos cierto que prevea que “en lo no dispuesto por éstas, por la legislación de Cervantía⁶⁰”. Lo anterior, aunado al hecho que Cervantía al igual que Andina son parte de la Convención de Naciones Unidas de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente⁶¹, hace que sea aplicable la Convención de la CNUDMI a todo aquello referente a la Garantía. En consecuencia, las excepciones de pago por fraude también serán aplicables.

II. REGENTA DEBE ASUMIR LOS SOBRECOSTOS GENERADOS POR LA MODIFICACIÓN DE LOS CIMIENTOS, HUELGA Y PARALIZACIONES

65. Regenta solicita al Tribunal Arbitral que declare que Vetusta es quien debe asumir los costos generados como consecuencia de las modificaciones de los cimientos. No obstante, es importante aclarar que Vetusta no estaba obligada a realizar las modificaciones y por lo tanto no debe ser quien asuma los costos derivados de tales cambios.
66. Las modificaciones del proyecto de cimentación se debieron a hechos imprevisibles que tuvieron lugar durante la ejecución del contrato, y que estaban fuera del alcance de Vetusta. Por lo tanto, no corresponde a Vetusta el asumir a su cargo el sobre costo propio de estas modificaciones.
67. En relación a la huelga y paralizaciones se configuró un caso de fuerza mayor, cuyo costo económico está asumido contractualmente por parte de Regenta y por tanto debe asumir el sobreprecio.

A. El cambio en el diseño inicial de la planta de producción de cemento portland no es imputable a Vetusta

68. Vetusta en virtud del Contrato llave en mano celebrado con Regenta, se obligó a entregar en funcionamiento una planta de producción de cemento portland. No obstante, las obligaciones inicialmente asumidas por Vetusta, en su calidad de contratista, no pueden en ningún sentido considerarse absolutas⁶².
69. En efecto, en la ejecución de cualquier proyecto de construcción, pueden surgir imprevistos que obliguen a que las condiciones inicialmente pactadas irremediablemente cambien para las partes. Vetusta en su larga trayectoria de experiencia y después de la ejecución de centenares de proyectos que le han dejado el prestigio internacional que actualmente ostenta,⁶³ sabe que, si bien la prospección del suelo puede ayudar a intuir las características del terreno, éstas solo pueden saberse a ciencia cierta al momento de ejecutar el proyecto.⁶⁴
70. De acuerdo con lo anterior, es importante clarificar que sin importar la diligencia y profesionalismo con el que se desarrolle un estudio de prospección del suelo, siempre existe el riesgo de que circunstancias ajenas a

⁵⁹ Solicitud de Arbitraje. U. Córdoba. §. 132. “no existía motivo que justifique la negación del pago puesto que, si bien es cierto que el artículo 19 de la CNUDMI permite alegar el fraude para denegar el pago, las partes han sometido la regulación de este contrato a las URDG que, como decíamos anteriormente no admiten la ‘exceptio doli’.

⁶⁰ Doc. Sol. No. 17.

⁶¹ Doc. Sol. §32.

⁶² Petroleum Exploration Magnum Vs. Government of the Republic of Lithuania, ICSID Award § 38

⁶³ Resp Sol. Arb. P §60 párrafo 3.

⁶⁴ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 10.

la voluntad del contratista ocurran y cambien el curso normal de las cosas. Situación que en bajo ningún motivo puede perjudicar, en este caso al contratista.

B. Vetusta en su calidad de profesional de la construcción, ejecutó diligentemente sus obligaciones de prospección del suelo y realizó exhaustivamente los estudios adecuados y pertinentes al terreno.

71. Vetusta es un profesional en la construcción de plantas químicas, industriales y refinerías, cuenta con 25 años de experiencia en el sector⁶⁵, y por lo tanto cuenta con la experticia suficiente tanto para la elección como la realización de los trabajos de prospección necesarios para un proyecto como la construcción de la planta de producción de cemento portland ubicada en Olías de Cuervo.
72. Vetusta realizó un estudio geotécnico para conocer las características del terreno y así proceder al análisis y elección de los cimientos adecuados que debía usar en la construcción de la planta de cemento portland para Regenta⁶⁶. Así, no existió la necesidad de que Vetusta empleara técnicas geofísicas, pues existía un estudio geotécnico de la zona realizado previamente⁶⁷.
73. Asimismo, la normativa vigente en Andina no exige que se realicen estudios geofísicos, por el contrario, señala expresamente que las pruebas de penetración y los sondeos mecánicos, son las técnicas más fiables recomendadas para el estudio y análisis de los suelos S-B⁶⁸.
74. Vetusta, cumplió cabalmente con tales disposiciones, incluso, en la ejecución de las pruebas, realizó puntos de reconocimiento en distancias más cortas que las que se utilizan usualmente se realizan⁶⁹.
75. Así, se evidencia que el terreno de construcción fue objeto del estudio necesario y requerido de acuerdo con su clasificación y que además, Vetusta actuó diligentemente y de acuerdo con su calidad de profesional de la construcción, y por lo tanto no es posible imputarle falta de cuidado ni mucho menos negligencia⁷⁰ pues su actuar, además de basarse en su experiencia, cumplió y estuvo de acuerdo con la regulación y normativa aplicable a Andina, relacionada con el estudio y prospección de suelos⁷¹.

C. El hallazgo de aguas subfreáticas, que causó la corrección de los cimientos es un hecho imprevisible

76. No obstante la diligencia de Vetusta y el máximo cuidado en los estudios de prospección del suelo, no fue posible predecir las circunstancias que se descubrieron una vez iniciada la excavación y que implicaron una modificación de los cimientos inicialmente previstos para la construcción de la fábrica de cemento portland: una corriente de aguas subfreáticas. Tales circunstancias, únicamente pudieron evidenciarse cuando efectivamente se tuvieron a la vista, pues no existe ningún estudio que permita la identificación anticipada de una discrepancia entre el estudio realizado y la realidad del terreno.⁷²
77. En efecto, sin importar la profundidad del estudio geotécnico realizado por Vetusta, existen ciertas circunstancias que únicamente pueden ser verificadas una vez iniciada la excavación, momento en el cual la exactitud de los datos aportados por el estudio geotécnico queda en evidencia y es posible apreciar cual es el nivel efectivo de exactitud entre la situación real del terreno y el estudio geotécnico realizado⁷³.
78. Sin importar cual sea el tipo de construcción que Vetusta haya ejecutado a través de su experiencia como profesional en tales asuntos, nunca ha escatimado en medio alguno para que el resultado del estudio sea el

⁶⁵ Resp Sol. Arb. P §60 párrafo 3.

⁶⁶ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 8.

⁶⁷ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 9.

⁶⁸ Doc. Sol. Arb. No. §7.

⁶⁹ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 8 y Doc. Sol. Arb. No. §7.

⁷⁰ Ben Pattern, Professional Negligence in Construction, 2006.

⁷¹ Doc. Sol. Arb. No. §7.

⁷² Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 10.

⁷³ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 10.

más fiable posible⁷⁴. No obstante, existen ciertas características imposibles de prever, tal y como en el presente caso, las aguas subfreáticas profundas⁷⁵.

79. Así, resulta imprevisible haber determinado que la construcción necesitaría una cimentación diferente a la que se estableció inicialmente como producto del estudio realizado al terreno, y por lo tanto, es igualmente imprevisible que las aguas subfreáticas, obligaran a Vetusta a tomar medidas casi inmediatas para la adecuación de la cimentación de acuerdo con las características del terreno⁷⁶.
80. De acuerdo con lo anterior, resulta claro que los hechos que causaron la corrección de los cimientos inicialmente proyectados por Vetusta, son imprevisibles. En efecto, no existe ningún estudio aplicable al terreno que pueda evidenciar las nuevas circunstancias que fueron descubiertas por Vetusta una vez ejecutadas las excavaciones, y que obligaron a la implementación de nuevos cimientos. Así, Vetusta no dudó en llevar a cabo el procedimiento establecido para la variación del contrato,⁷⁷ el cual será explicado en el numeral segundo del presente capítulo, así como las actuaciones pertinentes para evitar tanto un daño, como una demora en la construcción de la planta.
81. Por lo tanto, Regenta no puede acusar a Vetusta de negligencia, ni mucho menos, de haber llevado a cabo los estudios de prospección de manera insuficiente. La diligencia de Vetusta, fue precisamente la que permitió que la construcción siguiera su curso normal sin la mayor demora posible.
82. En conclusión, Vetusta: (i) realizó un estudio sobre el terreno suficiente; (ii) el estudio fue realizado diligentemente y atendiendo a su calidad de profesional; (iii) las circunstancias descubiertas una vez iniciadas las excavaciones son naturalmente imprevisibles y ajenas al buen actuar⁷⁸ de Vetusta; y (iv) no debe asumir unilateralmente los costos derivados de la variación.

D. La obligación de subsanación de los defectos del diseño no comprende aquellos que no son imputables al contratista

83. Si bien es cierto que el Contrato impone al contratista la obligación de subsanar los defectos de diseño y construcción del proyecto esta obligación no tiene un carácter absoluto. Sin embargo, esta obligación se encuentra expresamente sujeta a la condición de que el defecto sea atribuible al contratista bien sea por deficiencias en los materiales, servicios o, en general, en la ejecución de cualquiera de sus obligaciones contractuales.⁷⁹
84. La Cláusula 10.2 obliga al contratista a subsanar todos los defectos de diseño o construcción que le sean imputables. Para todos los demás defectos el contratista se encuentra simplemente obligado a notificar al propietario de la misma manera dispuesta para el procedimiento de variación contemplado en la Cláusula 12.3. Una vez hecha esta notificación, el contratista no se encuentra obligado a ejecutar ningún tipo de trabajos de subsanación sin que exista un acuerdo expreso de las partes sobre los términos de la variación.
85. Tal y como fue expuesto anteriormente, el cambio en los diseños de la cimentación no le es imputable a mi representada, por tratarse de un hecho imprevisible al momento de diseñar este elemento del proyecto a acometer. Vetusta ejecutó los estudios de suelos sobre el terreno de manera diligente y basó sus diseños de cimentación de la planta en la información disponible sobre las condiciones del suelo. En consecuencia, los cambios en la cimentación del proyecto derivados del margen de error natural de los estudios realizados no derivan de la ejecución imperfecta de las obligaciones contractuales de mi representada y, por lo tanto, no le son imputables.
86. Visto lo anterior, y contrario a lo afirmado en el escrito de demanda, mi representada no se encuentra obligada contractualmente a subsanar la inadecuación de los diseños de la cimentación del proyecto en virtud de la cláusula 10.2 del Contrato.
87. En cumplimiento de sus obligaciones de dar prioridad a la adecuada terminación del proyecto al igual que a lo dispuesto por las cláusulas 10.2 y 12.3 antes mencionadas, mi representada informó oportunamente a

74 Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 8.

75 Resp Sol. Arb. P §62 párrafo 11.

76 Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 10.

77 Doc. Sol. Arb. No. 3 Cláusula 12.3.

78 Ben Pattern, Professional Negligence in Construction, 2006.

79 Doc. Sol. Arb. No. 3. Cláusula 10.2

Regenta sobre la ocurrencia del imprevisto, su gravedad y la importancia de llegar a un acuerdo sobre la variación del contrato.⁸⁰ A este correo electrónico Vetusta adjuntó una propuesta de variación del Contrato, que incluía los nuevos diseños, la no alteración del plazo de cumplimiento del contrato⁸¹ y el costo total estimado de ejecución del Proyecto.⁸²

88. El ahora demandante alega nunca haber aceptado la modificación del Contrato por haber creído que se trataba de un defecto cuya subsanación correspondía a Vetusta. Esta posición, cínica por lo demás, no tiene ningún fundamento razonable en la realidad. Vetusta presentó a Regenta una propuesta de variación del proyecto, acompañada de una muy simple propuesta de reajuste del precio.⁸³
89. Independientemente de cuál sea la posición del propietario frente a la inimputabilidad de los cambios en los diseños a mi representada, no es razonable que Regenta entendiera, como lo afirma, que se trataba de la notificación de error cuya subsanación le correspondía a Vetusta. La propuesta presentada por Vetusta contenía una propuesta de ajuste del precio con base en el costo de la modificación del proyecto, característica que lo distingue claramente de una simple notificación de subsanación, que no la tendría.
90. Tras consultar al Ingeniero⁸⁴, Regenta aceptó la propuesta presentada por Vetusta. Esta aceptación, si bien nunca fue explícita ni directa, se refleja claramente en la conducta adoptada por el demandante frente al Ingeniero y Vetusta, a los cuales solicitó rendir cuentas sobre el cumplimiento del plazo de ejecución del contrato con los cambios en la cimentación propuestos por Vetusta.⁸⁵ Cabe recordar que el numeral (3) del artículo 2.1.6 de los Principios UNIDROIT contempla expresamente la conducta concluyente de las partes como un modo válido de expresar la aceptación⁸⁶. Sumado a esto, las actuaciones de Regenta, que desconocen su comportamiento inicial, están excediendo los Principios UNIDROIT, exactamente el Artículo 1.8. que prohíbe que las partes se comporten contradictoriamente.
91. Como consecuencia de todo lo expuesto anteriormente, solicito al Tribunal que declare que mi representada no se encuentra obligada a soportar el sobre costo de la modificación de la cimentación, por haber sido aprobada una variación del Contrato que le reconoce el valor de estos gastos adicionales. Subsidiariamente, y en caso de encontrar el Tribunal que no existió tal variación, solicito al Tribunal que declare que mi representada no estaba obligada a efectuar las correcciones a la obra en materia de cimentación, por tratarse de defectos causados por una situación esencialmente imprevisible.

E. En subsidio de no existir variación, se generó un desequilibrio económico del contrato.

92. Vetusta, en razón a las circunstancias que le obligaron a modificar la cimentación inicialmente considerada para la construcción, llevó a cabo el procedimiento de variación de acuerdo con los términos pactados y aceptados por las partes⁸⁷.
93. No obstante, si erróneamente se determina que no existió variación del contrato, implica necesariamente que se generó un desequilibrio económico del contrato, el cual deberá obligatoriamente ser restablecido⁸⁸.
94. Resulta inaceptable que una de las partes del contrato se encuentre en una situación de desventaja frente a la otra, en términos económicos y obligacionales. En efecto, si Vetusta asumiera los costos generados por la

⁸⁰ Doc. Sol. No. 4.

⁸¹ “El documento adjunto contiene el informe con los nuevos datos relativos al terreno y la propuesta del nuevo proyecto, en el que se indican además el tipo de materiales y el incremento de horas de los jornaleros para acometer los cambios en plazo.” Doc. Sol. No. 4.

⁸² Orden Procesal No. 2. Respuesta a la solicitud de aclaración No. 12.

⁸³ “El citado documento no contenía una propuesta económica detallada de los gastos adicionales. Sí, por el contrario, dicho documento recogía una estimación a razón de la cantidad adicional de material a emplear, así como del incremento de horas de los jornaleros necesarios para acometer los cambios en el plazo estipulado.” Orden Procesal No. 2. Respuesta a la solicitud de aclaración No. 12.

⁸⁴ Doc. Sol. No. 5

⁸⁵ Doc. Sol. No. 8

⁸⁶ Un ejemplo de la aplicación del modo de aceptación tácita puede encontrarse en: Tribunal Arbitral Ad-hoc del 4 de diciembre de 2006. Descargado de: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=631>.

⁸⁷ Doc. Sol. Arb. No. 3 Cláusula 12.3.

⁸⁸ Francisco González De Cossío, Contratos incompletos y solución de controversias, artículo publicado en la base de datos de Kluwer Arbitration.

modificación de los cimientos, situación imprevista y generada por hechos fuera de la voluntad o negligencia de Vetusta, se generaría un evidente desequilibrio, el cual además estaría a favor de Regenta.

95. Es fundamental no perder de vista que la modificación de los cimientos, se ocasionó de manera intempestiva, sin posibilidad de que haya lugar para hablar de previsibilidad⁸⁹. Así, la modificación de los términos del contrato necesariamente obliga a que, sin sujeción al incumplimiento de las obligaciones de las partes, se medie una solución que permita mantener el equilibrio económico del contrato, ya sea por las mismas partes, o por un tercero designado por estas, el cual deberá impartir una solución a la situación.
96. En el presente caso, el Tribunal Arbitral, será el encargado de restablecer el orden económico contractual, y así, consecuentemente, el equilibrio económico del contrato, el cual debe regir primordialmente. Es menester del Tribunal Arbitral lograr un balance respecto de las cargas económicas, especialmente considerando las causas que generaron que las cargas inicialmente establecidas se desequilibraran.
97. En efecto, si la ocurrencia de tales hechos, genera que la expectativa económica para alguna de las partes se vea frustrada⁹⁰, es decir, si el motivo económico que incentivó a una de las partes a suscribir el contrato cambia radicalmente a lo presupuestado inicialmente, se genera indudablemente un desequilibrio económico en beneficio de una de las partes, situación inadmisibles a la luz de la regulación contractual⁹¹.
98. En el caso de estudio, el contrato llave en mano suscrito por las partes, se torna mucho más oneroso para Regenta, quien a pesar de verse beneficiada por la implementación y modificación de los cimientos, no asume costo alguno. Vetusta, por su parte, implementó mano de obra y asumió los costos de las modificaciones realizadas, ¿se genera así un desequilibrio económico del contrato? por supuesto. Los ingresos que Vetusta iba a recibir como contraprestación de la construcción de la planta de cemento Portland, se ven disminuidos enormemente, pues al tener que pagar el costo correspondiente al cambio de cimentación, la relación costo beneficio es negativa⁹².
99. Si bien es cierto que en virtud de un contrato llave en mano el contratista se obliga a entregar una construcción en funcionamiento, no puede obviarse el hecho de que las cargas contractuales deben respetarse, mantenerse y en el evento en que se presente una ruptura, deberán restablecerse⁹³. Así mismo, el hecho de que el diseño del proyecto, este en manos y bajo la entera responsabilidad del contratista⁹⁴, no implica que en el evento en que una nueva circunstancia desconocida al momento de suscripción del contrato se presente, y rompa el equilibrio económico del contrato, no pueda subsanarse, y repartirse equivalentemente las cargas.
100. Bajo ningún supuesto puede sobrevenir una carga injusta y onerosa a favor de una de las partes y mantenerse de tal forma hasta la conclusión del contrato⁹⁵.
101. De acuerdo con lo anterior, resulta que, actualmente, en el contrato suscrito entre Regenta y Vetusta se está en presencia de un claro y evidente desequilibrio económico, el cual fue ocasionado, no por el descubrimiento de nuevas circunstancias que generaran la modificación de los cimientos, sino por la negativa de Regenta a cubrir los costos generados de dicha modificación, en razón a que la misma se generó por circunstancias imprevisibles⁹⁶ ajenas a la voluntad o negligencia de Vetusta.

F. Vetusta tiene derecho a repercutir sobre Regenta los costos procedentes de las paralizaciones y huelga

102. Contrario a lo que afirma el Demandante en el § 103 de su escrito, la solicitud de incremento en el precio total del Contrato no se fundamenta solamente en las consecuencias de las huelgas de los trabajadores.

⁸⁹ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 10.

⁹⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Contratos de Estado, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión 2004.

⁹¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Contratos de Estado, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión 2004.

⁹² Richard Hudson Clough, Glenn A. Sears, S. Keoki Sears, Construction project management.

⁹³ Cantieri Costruzioni Cemento, S.p.A. v. Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Corte Suprema de Justicia (Sala Primera), Case No. 237-F-2006, 5 Mayo de 2006.

⁹⁴ Construction law international, Jhonatan Hosie.

⁹⁵ Court Decisions on Challenges to Arbitrators Reference No. UN3476, 24 December 2004

⁹⁶ Resp Sol. Arb. P §61 párrafo 10.

Vetusta ha sido enfática en sostener que este aumento corresponde a la huelga en una mínima parte⁹⁷. El aumento se debe sobre todo a las paralizaciones correspondientes a los boicots de la población civil, que alentados por la negligente campaña de medios de Regenta, compitieron entre sí generando catastróficos resultados sobre la construcción.

103. Ello sumado a cláusulas del Contrato tales como “riesgos del propietario⁹⁸” y “fuerza mayor⁹⁹”, que parecen no haber sido leídas por parte de los representantes de Regenta, muestran que el aumento en el precio solicitado al Tribunal corresponde a los riesgos asumidos por Regenta, en las condiciones del Contrato.
104. Pla doctrina reconoce que las cláusulas de fuerza mayor tienen por lo general dos finalidades: “(i) distribuir los riesgos y (ii) Notificar a las partes de un evento que podría suspender o excusar el cumplimiento de sus obligaciones”¹⁰⁰. A continuación expondremos las razones por las cuales los eventos descritos son constitutivos de fuerza mayor y cómo con estas cláusulas el riesgo se puso en cabeza de Regenta y por eso los efectos económicos se repercuten en ella.

1) Las huelgas y paralizaciones son hechos constitutivos de fuerza mayor para los efectos del Contrato

105. La cadena de eventos que se describirá en esta sección y que no fueron apreciados cuidadosamente por la parte demandante, reúnen todas las características propias de la configuración de una fuerza mayor, (tanto por lo establecido en la cláusula 20.7 de las Condiciones del Contrato como por el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT) a partir de un hecho de tal naturaleza que razonablemente no pudo ser evitado¹⁰¹. Este hecho es la suma de diferentes posiciones que terminan usando el proyecto de construcción de la planta de cemento, como una excusa para competir entre sí por cuál es la voz más visible.

a. El impedimento que vivió Vetusta, está más allá de su Control

106. El control razonable que puede tener un Contratista en el desarrollo de su contrato, envuelve dos conceptos: (i) Una parte no puede causar por su propia voluntad un evento de fuerza mayor y (ii) Una parte no puede excusar su incumplimiento en un evento de fuerza mayor si esa parte pudo tomar medidas razonables para prevenir el evento¹⁰².
107. Estos dos conceptos son perfectamente cumplidos por Vetusta, a la hora de determinar que los hechos no estaban bajo su control, pues (i) Las huelgas y paralizaciones claramente obedecieron a los boicots de la población y (ii) aunque intentaron tomar medidas razonables para impedir el evento como acudir a la fuerza policial y aumentar el salario de los trabajadores, el evento fue de tal magnitud que nada bastó para que se pudiera impedir la ocurrencia de los eventos.
108. Por último, tal como el demandante manifiesta en los hechos de su escrito de demanda y como lo expone el modelo de Contrato de la FIDIC, cuando se habla de fuerza mayor se trata de un evento más allá del control tanto del contratista como del contratante. Como en este caso ni Vetusta Ni Regenta pudieron impedir la ocurrencia del hecho, esto reafirma la cristalización de la causal de exoneración referente a la fuerza mayor.

b. Imprevisibilidad al momento de contratar

109. El segundo de los elementos para que se constituya fuerza mayor, se refiere a que el evento debe ser imprevisible al momento de contratar. La práctica ha demostrado que determinar la previsibilidad es muy difícil y por eso cuando se aplica el test de previsibilidad, surgen varias disputas. Lo anterior especialmente

⁹⁷ Doc. de resp. a la solicitud, § 21.

⁹⁸ Doc. Sol. No. 3, cláusula 18.4

⁹⁹ Doc. Sol. No. 3, cláusula 20.7

¹⁰⁰ Kerry Powell, What Is Force Majeure?, HEAVY CONSTRUCTION News 110 (June 2001). Traducción Libre.

¹⁰¹ Wright, Cary. Force majeure clauses and the insurability of force majeure risks. The construction lawyer, 2003. Pág 16.

¹⁰² Nissho-Iwai Co. v. Occidental Crude Sales, Inc., 729 F2d 1530, 1540 (5th Cir. 1984). See also Katherine M. Gal, Nissho-Iwai Co. v. Occidental Crude Sales, Inc.: Curtailing the Effectiveness of the Force Majeure Clause, 12 BROO J. INr'L L. 243, 252 (1986); Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT, 2004.

debido a que el test se torna complicado e inevitablemente ambiguo al momento de aplicar la cláusula de fuerza mayor a un evento en particular¹⁰³. Esta ambigüedad resulta de eventos que son previsibles en general pero no es particular¹⁰⁴. Para poder salir de esta zona gris, se debe analizar la forma en que se redactó la cláusula y el contenido de la misma, ya que si podemos encontrar la naturaleza misma del hecho que pretende ser imprevisible, sabremos si estaba incluido o no¹⁰⁵.

110. Analizando tanto las actuaciones de Regenta y Vetusta como sobretodo la forma en que fueron redactadas y dispuestas las cláusulas del Contrato y de las Condiciones del Contrato, podemos concluir que los hechos sobrevinientes a la construcción de la planta eran imprevisibles.
111. Es tan clara la imprevisibilidad de estos hechos que la parte demandante no se opone a esta situación, por el contrario deciden inventar limitaciones¹⁰⁶ a la cláusula de fuerza mayor que enuncia una serie de eventos de fuerza mayor, pero “entendiendo que éste no es un listado cerrado”¹⁰⁷.
112. A modo de conclusión podemos decir que la imprevisibilidad usualmente termina determinándose según las consecuencias del hecho¹⁰⁸, en este caso la suma de las protestas de ambientalistas y reivindicadores de la cultura Naximali, lleva las circunstancias a un punto objetivamente imprevisible..

c. La parte afectada por el hecho, no haya podido evitar o superar las consecuencias del mismo

113. Este requisito, implica la toma de medidas oportunas y a tiempo. Si el impedimento surgió después del incumplimiento, no se puede usar para excusar dicho incumplimiento¹⁰⁹. Cuando el impedimento es simplemente temporal, como lo expone el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, el hecho tiene el efecto, por ese periodo de tiempo.
114. En nuestro caso objeto de estudio (i) Vetusta no pudo evitar los sucesos que tanto perjuicio le causaron y (ii) las consecuencias de los mismos serían insuperables si el Tribunal no confirma que Regenta debe pagar los sobrecostos que se ocasionaron. Unido a esto, como ya se expuso y tomando en cuenta que la Parte Demandante no niega este hecho, Vetusta cumplió con el estándar necesario para darle cumplimiento cabal a este tercer requisito.
115. En primer lugar tomó las medidas necesarias y oportunas buscando siempre el cumplimiento del objeto y fin del Contrato: La finalización de la obra en dos años. En segundo lugar cuando se empieza un Contrato con licencias de construcción adecuadas e incluso un estudio ambiental, es imposible prever que las mismas autoridades que se muestran tan de acuerdo con el proyecto, se nieguen a hacer respetar el orden público y por tanto Vetusta tuviera que buscar un nivel de seguridad equivalente al de un Estado. Por lo anterior, efectivamente Vetusta no pudo evitar ni superar las consecuencias de los desordenes y boicots de la población de Andina, que involucraron a sus propios trabajadores.

d. Paralizaciones atribuibles a Regenta

116. Junto a los tres requisitos anteriormente expuestos, que además de ser requisitos esenciales dentro de las Condiciones del Contrato para que se configure fuerza mayor, son los únicos requisitos de los Principios UNIDROIT para configurar la misma causal; encontramos un cuarto elemento que emana de la libre autonomía de la voluntad de Vetusta y Regenta, este se refiere a que el hecho imprevisto que configura la causal, no sea atribuible a la otra parte.

¹⁰³ Marvin O. Young, Construction and Enforcement of Long-Term Coal Supply Agreements-Coping with Conditions Arising from Foreseeable and Unforeseeable Events-Force Majeure and Gross Inequities Clauses, 27

¹⁰⁴ Wright, Cary. Force majeure clauses and the insurability of force majeure risks. The construction lawyer, 2003. Pág. 17.

¹⁰⁵ Hamnay, William N. Force Majeure Clauses in International Contracts, in NEGOTIATING AND STRUCTURING INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS: Pág. 125, 126

¹⁰⁶ Escrito de Demanda, §112

¹⁰⁷ Doc. Sol. No. 3, cláusula 20.7

¹⁰⁸ Bruner, Philip Lane. World-Wide Excuse for Contractual Non-Performance, The Construction Super Conference, Dec. 13, 2002, San Francisco, California.

¹⁰⁹ New York Supreme Court, International Paper Co. v. Rockefeller, 371,374-75

117. Este requisito se cumple y resume con lo explicado en las tres sub secciones inmediatamente anteriores. El hecho que dio origen al incremento de los costos fue el enfrentamiento de los dos grupos de protestantes, tratando de buscar “quién era más reivindicativo”.
118. Adicionalmente, se puede afirmar que Regenta en su documento de Solicitud de arbitraje, expresamente acepta que la situación no estaba bajo su control, pues según éstos: “Semejante situación estaba fuera de la esfera de control de Regenta.”¹¹⁰

e. Vetusta notificó a Regenta de la ocurrencia de los hechos

119. El 24 de octubre de 2011, Alvaro Mesía envió un correo electrónico a Ana Ozores, donde se indica la ocurrencia de nuevos sucesos¹¹¹. Esta es precisamente la notificación necesaria para cumplir totalmente con lo requerido para la configuración de fuerza mayor.

2) Los riesgos de la ocurrencia de la huelga y paralizaciones en particular deben ser asumidos por Regenta, pues ésta asumió contractualmente los riesgos asociados a su ocurrencia.

120. Las cláusulas antes mencionadas (fuerza mayor y riesgos del propietario) son indicativas de la voluntad de las partes en cuanto a la distribución de riesgos¹¹². De forma tal, que su existencia evidencia la voluntad de Regenta y Vetusta, desde el inicio del Contrato, de poner hechos como los ocurridos en cabeza de Regenta.
121. No hay una definición uniforme y generalizada del término “llave en mano”. Los contratos en la modalidad “llave en mano” suelen obligar al contratista a la entrega de los trabajos acordados dentro del tiempo bajo el precio acordado, de manera tal que se encuentre listo para el uso por parte del propietario contratante.¹¹³ No obstante la realidad es que aún bajo esta modalidad contractual contratante quiere y debe estar activamente incurso en todas las etapas del proyecto. Las partes por un lado acuerdan que el contrato es de tipo “llave en mano”, pero por otro lado establecen cláusulas permitiendo cambios en cuanto al objeto del Contrato, el precio y el tiempo de entrega¹¹⁴. Estas cláusulas, que no obedecen simplemente a una fórmula general, sino que por el contrario reflejan la voluntad particular de las partes, deben prevalecer a todas luces sobre el simple términos estándar de “contrato llave en mano”.
122. Si estudiamos cuidadosamente las Condiciones del Contrato, podemos ver dos cláusulas (puntualmente para los puntos en discusión en esta sección) que evidencian precisamente esa situación. La primera de ellas es la 18.4 referente a riesgos del propietario. En ella Regenta asume tanto el valor económico como el riesgo de un listado de situaciones que han sido consideradas doctrinal, jurisprudencial y arbitralmente como constitutivas de eximentes de responsabilidad y como ya se expuso, se configuraron en este caso.
123. La segunda cláusula es la referente a fuerza mayor, donde se enumera (sin hacerlo taxativamente) una serie de hechos que en un Contrato tipo llave en mano podrían estar en cabeza del Contratista. De esta forma, vemos cómo la voluntad de Regenta y Vetusta es la usual en Contrato Comercial Internacional regular, es decir, desnaturalizan el Contrato llave en mano. Lo anterior es para proteger el derecho de la otra parte a recibir los frutos que por virtud de la relación contractual le pertenecen¹¹⁵.
124. Así las cosas, Vetusta tiene derecho a repercutir sobre Regenta el aumento del Precio. El tribunal debe decretarlo y además rechazar la solicitud de Regenta, referente al pago de daños y perjuicios, pues cuando un evento de fuerza mayor es aplicable a una situación determinada, el efecto que ésta tiene es exonerar a la parte que no cumplió a causa del evento, de responsabilidad de pago de daños y perjuicios¹¹⁶.

¹¹⁰ Solicitud de arbitraje, § 29.

¹¹¹ Doc. de la Sol. de arbitraje No. 14

¹¹² Wright, Cary. Force majeure clauses and the insurability of force majeure risks. The construction lawyer, 2003. Pág. 16

¹¹³ Wöss, Herfried. The ICC model turnkey contracts for major projects. Construction Law International, Volume 3, Number 2, 2008. Pág. 6

¹¹⁴ Wöss, Herfried. The ICC model turnkey contracts for major projects. Construction Law International, Volume 3, Number 2, 2008. Pág. 6

¹¹⁵ New York Court of Appeals, Dalton v. Educational Testing Service, 1995.

¹¹⁶ Comentarios oficiales a los Principios UNIDROIT, 2004.

III. LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE VETUSTA SE CUMPLIERON CABALMENTE

125. Si bien gran parte de las actuaciones de Regenta, se fundamentan en el supuesto incumplimiento de Vetusta, dicho incumplimiento nunca existió. Por ello así en el escrito de Demanda Regenta tenga una sección titulada “incumplimiento” no hay argumento ni prueba alguna que apoye dicha aseveración. Además ni en los hechos del caso ni en el desarrollo jurídico se logra demostrar que Vetusta fue quien incumplió sus obligaciones.

A. Se cumplió con lo estipulado en el Contrato hasta que Regenta impidió la continuación de las obras

126. Los Principios UNIDROIT, definen en su artículo 7.1.1 qué es incumplimiento. Ello se resume en “la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

127. Los hechos del caso muestran que al momento de la interferencia por parte de la población y de Regenta, Vetusta cumplió diligentemente, tanto en tiempo como en calidad. Evidentemente no podía pasar por encima de sus derechos e intereses económicos, por eso “el trabajo acometido se completó hasta concluir las dos primeras etapas de la primera de las fases y se inició y ejecutó además, una importante parte de la tercera de las etapas (de la estructura). La contraprestación satisfecha hasta la fecha asciende a la cantidad acordada como anticipo: 40 millones de euros”¹¹⁷.

128. De esta forma, se le responde a la parte Demandante, que en cuanto a los hechos puntuales que se alegan, Vetusta no tenía previsto paralizar las obras, pero la situación que planteaba Regenta, pasaba de lo absurdo a lo ridículo, pues Vetusta siempre busco cumplir con lo pactado actuando diligentemente, esperando de buena fe que se le respetaran sus derechos. Por ello, el contexto en que nos encontramos jamás ha sido prueba de un Incumplimiento, es más la Parte Demandante ni si quiera toca este punto en su escrito.

1) Vetusta siempre estuvo dispuesta a ejecutar el proyecto en el tiempo debido

129. La aclaración No. 10 del caso, nos da más razones para considerar el adecuado cumplimiento de Vetusta, puesto que ésta nos indica que las únicas interrupciones de las obras fueron con ocasión de la huelga de los trabajadores y los boicots dirigidos contra las instalaciones por las poblaciones descontentas ante la ejecución de la obra.

2) Quien cierra y por consiguiente paraliza las obras es Regenta

130. Vetusta siempre mantuvo la intención de dar cumplimiento adecuado y cabal al Contrato, por lo tanto que de un momento para otro Regenta llegue a cambiar su posición e interpretación fáctica y contractual es contraria a los Principios que rigen los Contratos Internacionales, porque una parte no se puede contradecir en su actuar, sólo buscando el detrimento de la otra [FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN; OVIEDO].

131. El inciso anterior, encuentra su sustento en que el § 30 del documento de Solicitud de Arbitraje, pues la Misma Regenta indica que “ante la actitud de Vetusta, Regenta no podía sino tratar de salvaguardar sus derechos lo mejor posible, y, como tal, añadió que no pensaba facilitar el acceso de los obreros, técnicos o maquinaria a las instalaciones hasta que no obtuviese el compromiso firme de Vetusta de realizar la obra al coste inicial”. Actitud esta que muestra la clara intención de Regenta de estropear el buen trabajo que venía realizando Vetusta y de pasar por encima de los derechos contractuales de Vetusta.

¹¹⁷ Aclaraciones del Caso, No. 10

B. El Tribunal debe ordenar a Regenta que asuma los sobrecostos en los que ya incurrió Vetusta

132. Regenta busca un beneficio indebido al pretender que Vetusta ejecute los nuevos trabajos de cimentación sin reconocerle los sobrecostos a los que tiene derecho en virtud del procedimiento de variación, y como ya se expuso anteriormente, cambió el costo del Contrato.

IV. VETUSTA CARECE DE FUNDAMENTOS PARA COBRAR LA GARANTÍA POR TANTO EL TRIBUNAL DEBE MANTENER LA MEDIDA CAUTELAR.

133. Los argumentos para haber hecho exigible la garantía no se compaginan con los contenidos del Contrato y las condiciones de cobro exigidos por la Garantía. La Garantía no era exigible por cuanto no se ha presentado la situación que acredita la posibilidad de cobrar la misma lo cual es señal de fraude por parte de Regenta. Adicionalmente, los documentos anexados por Regenta al momento de solicitar el cobro de la Garantía, es decir, la declaración del Ingeniero/Consultor y la Resolución del CAD para la Adjudicación de Disputas, presentan evidencias de fraude y no son formalmente aptas para servir de fundamento al cobro de la Garantía según lo exigido por este documento.

A. Los fundamentos que usó Regenta para el cobro de la garantía están por fuera del único caso en que las partes acordaron hacer exigible la garantía. Regenta no puede cobrar la garantía.

134. Toda vez que el Contrato no se incumplió la Garantía no podía ser exigible por Regenta. De igual forma, los documentos necesarios para solicitar el cobro de la Garantía no cumplen con los requisitos formales según el contenido de la Garantía y no podían ser utilizados para cumplir con el segundo requisito de cobro exigido por la Garantía.

1) Según el contenido de la Garantía, el incumplimiento es la única razón por la cual se puede solicitar el cobro.

135. Según los contenidos de la Garantía, “los fondos se pondrán a disposición de la beneficiaria mediante pago a la vista contra la presentación de los siguientes documentos: 1.Una solicitud emitida y firmada por el beneficiario con referencia a la presente garantía, y con el siguiente contenido: Solicitamos el pago en la cantidad de [insertar cantidad] lo que representa el perjuicio derivado del incumplimiento de VETUSTA SA en virtud del contrato de fecha 14 de marzo de 2011(...)118”. En consecuencia, sería necesario alegar un incumplimiento contractual por parte de Vetusta y sostenerlo por medio de las comunicaciones requeridas por la Garantía.
136. De igual manera, el Contrato mismo en su cláusula 42, se refiere al Aval bancario a primera demanda y en él se dice que para la ejecución de la Garantía será precisa la presentación de una solicitud de pago, junto con un documento acreditativo del incumplimiento del constructor. Este incumplimiento, según el tenor del Contrato, podrá acreditarse mediante una declaración del Ingeniero o bien del CAD119.
137. Al momento de solicitar la efectividad del documento, Regenta presentó el documento requerido el día 17 de noviembre de 2011 en el que alega y sostiene el incumplimiento del Contrato por parte de Vetusta120. Como se ha expresado en secciones anteriores, Vetusta nunca incumplió el Contrato y en consecuencia el presupuesto fundante de exigibilidad de la Garantía no se encuentra cumplido121.
138. Como lo indica la convención de la CNUDMI, para que una garantía de primera demanda pueda ser ejecutable, es necesario, al menos, que los documentos que acreditan la posibilidad de solicitarla se encuentren al día y sean ejecutables. El artículo 12 literal b) de la convención se refiere a esta situación diciendo que una promesa se entenderá vencida y podrá ser exigida sí, su vencimiento depende de que se

¹¹⁸ Doc. Sol. No. 17.

¹¹⁹ Doc. Sol. No. No. 2.

¹²⁰ Doc. Sol. No. No. 20.

¹²¹ United Technologies Corp. v. Citibank, 469 F. Supp 473 (S.D.N.Y. 1979).

produzca un acto o hecho que queda por fuera de las actividades del garante/emisor¹²². En consecuencia la ocurrencia de un incumplimiento sería obligatoria y en este caso no se estaría cumpliendo con el tenor de la normatividad que rige esta materia¹²³.

139. Ahora bien, dado lo anterior, hay que decir que alegar la existencia de un incumplimiento cuando esto no ha ocurrido así, es un ejemplo de existencia de fraude según el artículo 19 de la Convención de la CNUDMI¹²⁴. En estos casos existiría un fraude que, según la doctrina en la materia lo señala, es una causal para detener la realización de un pago: “cuando se presente una reclamación que no esté acorde con la garantía o que sea de mala fe, es claro que estamos frente a un caso de abuso del derecho o frente a una conducta caracterizada como fraudulenta¹²⁵”

2) El Contrato no se incumplió, luego el cobro de la Garantía no es procedente. La solicitud de cobro por parte de Regenta es fraudulenta.

140. Como se ha dicho en acápites anteriores, el contrato no fue incumplido por parte de Vetusta y en consecuencia exigir el pago de la garantía en virtud de un incumplimiento no sería posible¹²⁶. En consecuencia, no es cierto lo dicho por Regenta en cuanto a que “las obligaciones del emisor dependen exclusivamente de la presentación de los documentos estipulados en la garantía¹²⁷” puesto que ante la existencia de un fraude la presentación de los documentos no bastaría para hacer exigible el dinero garantizado.
141. A pesar de hablarse de la independencia de las garantías de primera demanda, debe decirse también que esta separación que existe entre la relación subyacente y la relación derivada de una garantía, presenta excepciones¹²⁸. La excepción es precisamente la ocurrencia de fraude en la transacción, tal y como ocurre en el presente caso.
142. Las cortes de varios países en casos de cobros fraudulentos de garantías, han sostenido que el análisis de la relación subyacente también debe ser realizado para verificar que no haya existido fraude en la misma en los casos en que se evidencie que este puede ser el caso¹²⁹. Según las decisiones de las cortes en estos casos, sería una falacia argumentar que, en el contexto de las garantías de primera demanda, es posible determinar que un documento es fraudulento únicamente mediante la inspección de los documentos sin hacer referencia o remisión alguna al contrato subyacente¹³⁰.
143. De estos casos se ha extraído un estándar para determinar la legalidad de una medida preventiva contra una orden de pago que indica que “las circunstancias que podrían justificar una medida preventiva contra la legalidad de la exigencia de pago se deben limitar específicamente a las situaciones de fraude en las que el actuar fraudulento del beneficiario sea tal que haya viciado la transacción completa hasta el punto que el legítimo propósito de la independencia de la obligación del emisor ya no cumpla su propósito¹³¹”

¹²² Universal Marine Ins. Co. v. Beacon Ins. Co., 581 F. Supp. 1131 (W.D.N.C. 1984)

¹²³ Convención de la CNUDMI. Artículo 12 b)

¹²⁴ Lustrelon, Inc. v. Prutscher, 178 N.J. Super. 128, 428 A. 2d 518 (1981).

¹²⁵ La Carta de Crédito standby y su desarrollo internacional. Ustáriz González, Luis Humberto. P. 8

¹²⁶ Touche Ross & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co., 107 Misc. 2d 438, 434 N.Y.S. 2d 575 (Sup. Ct. 1980)

¹²⁷ Solicitud de Arbitraje. U. Córdoba. §130. Además el mismo argumento es utilizado en el párrafo §128 y §129 al referirse a la independencia de la garantías con una somera mención a la “exemptio doli”.

¹²⁸ Verner, Jimmy L. Jr. Fraud in Transaction: Intraworld Comes of Age in Itek. 14 Mem. St. U. L. Rev. 160 (1983-1984). P. 160. “But all rules have their exceptions, and the major exception to the ‘iron rule’ lies in the area of fraud. Except as to holders in due course, an issuer may elect not to honor a letter of credit, or a customer may enjoin such honor, when the required documents are forged or fraudulent or there is fraud in the transaction”

¹²⁹ Varios casos en que ha ocurrido lo descrito son: Itek Corp. v. First National Bank, 730 F.2d. 19 (1st Cir. 1984); Warner v. Central Trust Co., 715 F. 2d. 1121 (6th Cir. 1983); Paccar International v. Commercial Bank of Kuwait, 587 F. Supp. 783 (C.D. Cal 1984).

¹³⁰ Verner, Jimmy L. Jr. Fraud in Transaction: Intraworld Comes of Age in Itek. 14 Mem. St. U. L. Rev. 160 (1983-1984). P. 166.

¹³¹ Intraworld Indus. v. Girard Trust Bank, 461 Pa. 343, 336 A.2d 316 (1975).

144. En otra importante sentencia que se refiere al tema de garantías de primera demanda, se encontró que sería injusto permitir que un beneficiario “hiciera efectiva una garantía de crédito bajo circunstancias en las cuales el contrato subyacente claramente muestre señales de que no debería ser exigible¹³²
145. En el presente caso es claro que, tanto el intento de hacer exigible una garantía sin fundamento como los documentos empleados para este propósito evidencian una afectación a la independencia misma de la Garantía. El fraude de Regenta llega al punto de afectar toda la transacción subyacente e intentar probar como ciertos hechos de la misma que terminan siendo falsos.
146. Lo que es más, el estándar que debe ser probado involucra, para el juez o arbitro correspondiente, determinar el propósito del crédito otorgado y posteriormente decidir si el actuar indebido del beneficiario ha viciado dicho propósito¹³³. En el presente caso es claro que producir documentos y alegar un falso incumplimiento para resguardarse en contra de los riesgos de incumplimiento, es un actuar que afecta directamente el propósito de la Garantía.

3) Los documentos incluidos como requisito para el cobro de la Garantía, no cumplen con los requisitos formales para ser considerados como fundamento para el cobro de la Garantía.

147. En cada uno de los documentos¹³⁴ que deben anexarse a la solicitud de cobro de la Garantía es necesario que “se indique que VETUSTA SA ha incumplido sus obligaciones de acuerdo con el contrato de construcción¹³⁵.” Dentro de la solicitud de ejecución¹³⁶, Regenta incluye como anexos una supuesta “RESOLUCIÓN del INGENIERO” y una “RESOLUCIÓN del COMITÉ DE ADJUDICACIÓN DE DISPUESTAS”, intentando cumplir con el requisito arriba expuesto.
148. Estos documentos no cumplen con los requisitos exigidos por la Garantía. En primero lugar el documento proferido por el Ingeniero se titula “Decisión sobre los cambios del proyecto de cimentación¹³⁷” y su intención y contenidos no se encuentran tendientes a indicar un incumplimiento de Vetusta. Lo que es más, en el mismo documento el ingeniero Víctor Quintanar delimita los contenidos de su escrito diciendo que: “he sido emplazado para tomar una decisión de acuerdo con el procedimiento establecido a tales efectos por las partes en el contrato de construcción¹³⁸”
149. Ahora bien, la solicitud elevada por Vetusta con el fin de hacer efectiva la cláusula 5.1. del Contrato en lo que respecta a la posibilidad de solicitar la intervención del Ingeniero, la cláusula 12.1 en cuanto a las variaciones en el Contrato y el 12.3 en cuanto al procedimiento establecido para solicitar la variación en la ejecución del trabajo¹³⁹ contiene la mención explícita y restrictiva al hecho que al Ingeniero solamente se le consulta con el fin de que dé una solución a “las disputas de naturaleza técnica surgidas en relación con el contrato mencionado arriba, para que adopte una decisión de acuerdo con la cláusula 5.1. de las condiciones del contrato de construcción a la luz de los imprevistos relacionados con el terreno.¹⁴⁰”
150. Para efectos de la decisión contenida en el documento del Ingeniero, el mismo se limita a decidir que Vetusta supuestamente: 1. Eligió las técnicas de prospección en la realización del estudio geotécnico, 2. Sobre la base del Decreto Ministerial 7/2005 debería haber empleado otras técnicas de cimentación. 3. Debe asumir los gastos adicionales derivados por los cambios del proyecto inicial y 4. Que las mejoras incluidas con ocasión del nuevo proyecto de cimentación no pueden entenderse como una variación del contrato.
151. De lo anterior queda claro que en el escrito del Ingeniero nunca se habló de un incumplimiento contractual. Lo que es más, en el mismo documento se alega que “El monto de los costos y gastos adicionales sufragados

¹³² Itek Corp. v. First National Bank, 730 F.2d. 19 (1st Cir. 1984); Warner v. Central Trust Co., 715 F. 2d. 1121 (6th Cir. 1983).

Id. (Citing, inter alia, Dynamics Corp. of America v. Citizens & S. National Bank, 356 F. Supp. 991 (N.D. Ga. 1973)

¹³³ Verner, Jimmy L. Jr. Fraud in Transaction: Intraworld Comes of Age in Itek. 14 Mem. St. U. L. Rev. 160 (1983-1984). P. 174.

¹³⁴ Doc. Sol. No. No. 17.

¹³⁵ Doc. Sol. No. No. 17.

¹³⁶ Doc. Sol. No. No. 20

¹³⁷ Doc. Sol. No. No. 11.

¹³⁸ Doc. Sol. No. No. 11.

¹³⁹ Doc. Sol. No. No. 2.

¹⁴⁰ Doc. Resp. No. 2.

por VETUSTA SA son ciertamente correlativos con los cambios que se vio obligada a adoptar para cumplir con lo acordado en virtud del contrato de construcción suscrito entre las partes.¹⁴¹

152. De lo anterior se concluye con claridad que el ingeniero mismo consideraba que el Contrato no había sido incumplido y que inclusive las modificaciones realizadas por Vetusta se habían acometido con el fin de mantener su cumplimiento tal y como efectivamente sucedió. Así, lo dicho por Regenta es falso y demuestra una forma de actuar que encaja dentro de la excepción por la cual sería posible detener la realización de un pago¹⁴², tal y como lo es el caso de la presentación de documentos falsos ¹⁴³. No sería cierto entonces lo que alega Regenta en cuanto al pronunciamiento del Ingeniero al decir que “Como Regenta acreditó con la declaración del Ingeniero/ Consultor y la resolución del CAD, la reclamación de pago está correctamente fundamentada¹⁴⁴”
153. Por otro lado, en virtud de los artículos 5.1 y 21.1 del Contrato, en caso de estar en desacuerdo con una decisión del Ingeniero¹⁴⁵, las partes podrán acudir al CAD para someter a su arbitrio la controversia¹⁴⁶. Esto fue precisamente lo que hizo Vetusta por medio de la Sumisión de Disputa al CAD. El petitorio de la solicitud de Vetusta simplemente le solicita al CAD que se pronuncie “sobre la pertinencia de acordar una variación contractual en los términos contemplados en el contrato¹⁴⁷.” Como se puede ver, lo solicitado por Vetusta iba encaminado a controvertir lo dicho por el Ingeniero y en ningún momento se hizo referencia alguna a resolver sobre algún incumplimiento contractual.
154. Lo que es más, la decisión misma del CAD, no está encaminada a referirse a un incumplimiento contractual. Este documento se refiere al hecho que la controversia se platea a raíz de una serie de problemas e imprevistos en la composición y estructura del terreno. La decisión alcanzada por el CAD se encuentra tendiente a decir que supuestamente no era procedente la variación contractual incurrida por Vetusta y que no podría Vetusta alegar una mejoría del proyecto con motivo de un cambio en la planificación¹⁴⁸. Un punto de debate importante se refiere a la imprevisibilidad de la situación de los suelos al decirse que esto era posible de prever.
155. Como corolario de lo dicho arriba se puede afirmar que la necesaria mención a un incumplimiento contractual requerido por la Garantía, no se encuentra cumplido en ninguno de los dos documentos y que la mención hecha en la solicitud de pago es falsa. El único aparte de los documentos en que se alega un incumplimiento por parte de Vetusta es en la decisión del CAD. Sin embargo, esta decisión es fraudulenta y no se encuentra acorde con el petitorio del solicitante de la decisión ni con el resto de los contenidos de la decisión¹⁴⁹.
156. Lo que es más, el único aparte en que se hace mención a un incumplimiento es cuando se referencia la reticencia a acometer las mejoras por parte de Vetusta¹⁵⁰. Lo anterior no se encuentra acorde con la solicitud elevada al CAD y excede el límite de sus potestades puesto que el contrato simplemente contempla la posibilidad de que el CAD “adopte una decisión razonada¹⁵¹”y queda claro que pronunciarse sobre un punto que no ha sido sometido a consideración es irrazonable y excesivo.
157. Tan incorrecta es la decisión del CAD, que existe una opinión separada elevada por D. Saturnino Bermúdez. En esta opinión se deja expresa constancia sobre los errores de forma de la decisión del CAD al decir que: “debo hacer notar que lo que se sometió a la consideración del Comité por parte del solicitante fue la pertinencia, o no, de acordar una variación en el contrato.¹⁵²” En la opinión separada se explica claramente como en ningún momento se solicitó una opinión sobre “la existencia, o no, de un incumplimiento. En este

¹⁴¹ Doc. Sol. No. 11.

¹⁴² *Sztejn v. J. Henry Schroder Bankin Corp.* 177. Misc. 719, 31 N.Y.S 2d 631 (Sup. Ct. 1941).

¹⁴³ Verner, Jimmy L. Jr. *Fraud in Transaction: Intraworld Comes of Age in Itek.* 14 Mem. St. U. L. Rev. 160 (1983-1984). P. 161.

¹⁴⁴ Solicitud de Arbitraje. U. Córbona. §. 134.

¹⁴⁵ Doc. Sol. No. 11.

¹⁴⁶ Doc. Sol. No. 3.

¹⁴⁷ Doc. Resp. No. 4.

¹⁴⁸ Doc. Sol. No. 12.

¹⁴⁹ *Intraworld Indus. v. Girard Trust Bank*, 461 Pa. 343, 336 A.2d 316 (1975)

¹⁵⁰ Doc. Sol. No. 12.

¹⁵¹ Doc. Sol. No. 3.

¹⁵² Doc. Sol. No. 12.

sentido, considero que no ha sido correcto por parte del Comité el decidir sobre tales extremos¹⁵³". De todo lo anterior queda claro que, si un experto como el ingeniero Bermúdez, conceptuó en el sentido arriba expuesto es porque sí existían problemas de forma evidentes en el pronunciamiento del CAD.

B. Los argumentos reales que usó Regenta para el cobro de la garantía, carecen de veracidad

1) La parte construida de la obra, no cubría la totalidad de su inversión entregada a modo de anticipo.

158. Ahora bien, debe decirse que el artículo de la Convención de la CNUDMI en lo que respecta a los mandamientos preventivos que puede realizar un tribunal para que el beneficiario de la garantía no reciba el pago¹⁵⁴ son mencionadas por el Juzgado a la hora de tomar la decisión de suspender la orden de pago de la Garantía. El Juzgado luego cita las circunstancias que deben concurrir para que se pueda dictar un mandamiento preventivo¹⁵⁵. Estas normas tienen como objetivo evitar y desincentivar el fraude en las transacciones con letras de crédito tal y como ocurrió en el presente caso por parte de Regenta.
159. El fraude antedicho de Regenta se evidencia en el hecho que alegó, como fundamento para cobrar la Garantía, el que se encontraba en una situación extremadamente delicada y perjudicial desde el punto de vista financiero¹⁵⁶. Ahora bien, si para efectos del presente argumento se aceptara que los documentos presentados para solicitar el cobro de la Garantía se encontraban acordes, al menos en la forma (aun cuando arriba se ha sostenido que lo anterior no es así), el cobro de la Garantía tendría que ser suspendido en virtud del fraude en que se incurrió.
160. Alegar que se encontraba en una situación extremadamente delicada y perjudicial, es un despropósito por parte de Regenta, puesto que en el momento del cobro de la Garantía, el estado de la construcción correspondía a un avance incluso mayor a lo que se había aportado como anticipo. En consecuencia, es constitutivo de fraude el hecho que Regenta haya alegado falsamente que se encontraba siendo perjudicada por la no continuación de la obra siendo que si alguien se encontraba siendo afectado era Vetusta quién había adelantado, en ese momento, obras no pagadas¹⁵⁷.

2) La parte construida de la obra, no cubría la totalidad de su inversión entregada a modo de anticipo.

161. Dentro del mismo argumento de evidencia de fraude por parte de Regenta, debe decirse que el otro argumento utilizado para sustentar el cobro de la Garantía era que: "no había alternativas satisfactorias en el mercado para retomar la construcción¹⁵⁸". Lo anterior es contrario a la realidad y evidencia un intento desesperado por parte de Regenta para sostener una medida que no era procedente según la práctica comercial internacional y solamente recurriendo a la mala fe y a prácticas contrarias a la realidad se volvía sostenible¹⁵⁹.
162. En primer lugar, debe recordarse que para seleccionar un constructor de la planta de cemento se recurrió a un proceso abierto de licitación. Lo que es más, durante ese proceso, tal y como lo acepta Regenta misma, Regenta "recibió ofertas de diversas compañías para construir una planta de cemento en Olías de Cuervo"¹⁶⁰.
163. De lo anterior se colige que no es cierta la afirmación realizada con respecto a la falta de proponentes adicionales. Cosa diferente es que después de evaluar las múltiples propuestas, Regenta haya decidido que

¹⁵³ Doc. Sol. No. 12.

¹⁵⁴ Convención de la CNUDMI. Artículo 20.

¹⁵⁵ Convención de la CNUDMI. Artículo 20.

¹⁵⁶ Doc. Sol. §31.

¹⁵⁷ Orden Procesal. No. 10.

¹⁵⁸ Doc. Sol. §31.

¹⁵⁹ *Americian Bell International v. Islamic Republic of Iran*, 474 F. Supp. 420 (S.D.N.Y. 1979). Algunos autores y casos sostienen que, incluso, es imposible distinguir el fraude en la relación subyacente no puede ser distinguido del fraude en el documento contenido de la garantía o los que acrediten su exigibilidad.

¹⁶⁰ Doc. Resp. §10.

la de Vetusta era “la oferta que resultaba más satisfactoriamente procedía de la hoy demandada¹⁶¹” y lo que es más, acepta que existían ofertas económicas más favorables.

164. De lo anterior, queda claro que Regenta no pudo sino recurrir al fraude y al engaño. La consecuencia de lo anterior es que la Medida Cautelar, se encuentra perfectamente fundamentada y acorde con los contenidos de la Convención de la CNUDMI. Además, la solicitud de ordenar el levantamiento de la Medida Cautelar de Regenta¹⁶² no es procedente dada la legalidad de la Medida Cautelar.

C. Alternativamente así se hubieran cumplido los requisitos de cobro de la Garantía, ésta no se debió haberse cobrado por ser contrario a la práctica comercial en materia de garantías de primera demanda

165. Aún en caso de que se aceptara, para efectos argumentativos, que sí se cumplieron los requisitos objetivos para el cobro de la Garantía, tendría que decirse que realizar este tipo de cobros es una expresión de mala fe y no se encuentra acorde con la práctica comercial internacional. La ley que rige esta garantía, es decir la Convención de la CNUDMI, se refiere al hecho que se presume la buena fe del beneficiario al momento de reclamar el pago de las garantías¹⁶³. Dentro de las notas explicativas de la secretaría de la CNUDMI al delimitar la interpretación de la Convención, al referirse a las reclamaciones de pago por parte del beneficiario dice que al hacerse una reclamación que incumpla con los requisitos del artículo 16 y su remisión al 19, se estará frente a una “reclamación fraudulenta o abusiva¹⁶⁴”
166. Como queda claro en el caso de la reclamación por parte de Regenta, la misma no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 16 puesto que, de la lectura del artículo 19, se puede verificar que existen algunas de las situaciones contra las cuales podría exceptuarse la realización del pago. En primer lugar, el literal b) de ese artículo se encuentra siendo incumplido puesto que el fundamento usado para exigir el cobro no es cierto y al mismo tiempo el literal c) tampoco se cumple puesto que “la reclamación carece de todo fundamento¹⁶⁵”
167. Para efectos de probar la ocurrencia del literal c) del artículo 19, la misma Convención de la CNUDMI, determina algunos casos en los cuales la reclamación carecería de fundamento. El numeral 2) del artículo 19 hace mención el caso “Cuando sea indudable que no se ha producido la contingencia o el riesgo, contra los que la promesa proteja al beneficiario¹⁶⁶”. Al respecto debe decirse que puede darse fraude tanto en los documentos que se presentan como forma de hacer efectiva la garantía, tal y como se describió anteriormente, como en la relación subyacente¹⁶⁷ que también puede ser declarada en sí misma como fraudulenta¹⁶⁸.
168. A manera de conclusión hay que decir que en el presente caso se cumple con la regla para que sea procedente la denegación del pago de una garantía. En primer lugar siendo que el test involucra determinar : 1) Si el beneficiario tenía un derecho plausible para hacer efectiva la garantía o 2) si ha logrado demostrarse que, a la luz de los términos contractuales que gobiernan la garantía , las solicitudes de cobro del beneficiario no tienen absolutamente ninguna base fáctica¹⁶⁹. En caso tal que un beneficiario carezca de esta base plausible para solicitar el cobro de la Garantía, tal como ocurre en este caso, su esfuerzo por obtener el dinero es fraudulento y el pago podrá ser detenido¹⁷⁰. El escrito de solicitud de arbitraje menciona que es necesario que Vetusta demuestre que “es muy probable que en la reclamación se dé alguno

¹⁶¹ Doc. Resp. §10.

¹⁶² Doc. Resp. Pretensiones.

¹⁶³ Convención de la CNUDMI. Artículo 15

¹⁶⁴ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente. Párrafo 40.

¹⁶⁵ Convención de la CNUDMI. Artículo 19. Numeral 1 literal c)

¹⁶⁶ Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente. Párrafo 47.

¹⁶⁷ Symons. Letters of Credit: Fraud, Good faith and the basis for injunctive relief, 54 TUI. L. Rev. 338, 358-361, 1980.

¹⁶⁸ Old Colony Trust Co. v. Lawyers' Title & Trust Co., 297 F. 152 (2d Cir.), 265 U.S. 585 (1924)

¹⁶⁹ Itek Corp. v. First National Bank, 730 F.2d. 19 (1st Cir. 1984); Warner v. Central Trust Co., 715 F. 2d. 1121 (6th Cir. 1983).

Id. (Citing, inter alia, Dynamics Corp. of America v. Citizens & S. National Bank, 356 F. Supp, 991 (N.D. Ga. 1973).

¹⁷⁰ P. 173.

de los supuestos del artículo 19, el cual debe ser claro y manifiesto¹⁷¹” y lo anterior queda cumplido tal y como se ha expuesto arriba.

¹⁷¹ Solicitud de Arbitraje. U. Córdoba. §. 135.

PETITORIO

Regenta solicita al tribunal,

I. En cuanto a su competencia:

Que, en materia de jurisdicción, se declare competente, tal como ha sido solicitado por la demandante. Sin perjuicio de ello, el tribunal debe declararse incompetente para modificar unilateralmente el contrato o para ordenar medidas de carácter coercitivo tendentes a su cumplimiento

II. En cuanto al fondo del litigio:

1. Que, en relación con el contrato de construcción, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA no estaba obligada a efectuar las correcciones a la obra en materia de cimentación, por ser, contrariamente a lo expuesto por la demandante, imprevisibles los problemas encontrados en el subsuelo, y sus efectos.
 2. - Que, en relación con este mismo punto, caso de acoger parcialmente la postura de la demandante, desestime la solicitud en lo relativo a la asunción de costes, y declare que, aun realizando las mencionadas correcciones, VETUSTA no está obligada a asumir el incremento del coste, pues fue aprobada una variación mediante el procedimiento a tal efecto establecido en el contrato.
 3. - Que, en este sentido, desestime la solicitud de demandante, y declare que el Ingeniero y el Comité para la Adjudicación de Disputas se encontraban en una situación de clara falta de independencia e imparcialidad, y que, por ello, es necesario revocar su decisión, y confirmar la variación pactada por las partes.
 4. - Que, en relación con el incremento de costes procedente de la paralización y huelgas de los trabajadores, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA tiene derecho a repercutir el incremento sobre la demandante.
 5. Que, en relación con el incremento de costes procedente de la paralización y huelgas de los trabajadores, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA tiene derecho a repercutir el incremento sobre la demandante.
 6. - Que, en relación con la negativa a continuar con las obras, desestime la solicitud de la demandante, y declare que VETUSTA no incumplió ninguna de sus obligaciones contractuales, y que, en todo caso, desestime la solicitud de una orden de cumplimiento con variaciones en la obra.
 7. - Que, en relación con el aval bancario a primera demanda, desestime la solicitud de la demandante, y declare que la solicitud de pago de la garantía realizada por REGENTA fue incorrecta, abusiva y sin fundamento, existiendo circunstancias que obligaban al banco a denegar el pago.
 8. - Que desestime la solicitud de la demandante, y, absteniéndose de dictar orden de pago alguna, confirme la orden de suspensión de la ejecución de la garantía dictada por el juzgado de primera instancia de Alas (Cervantia).
 9. Que desestime la solicitud de la demandante en materia de daños y perjuicios, por no existir la situación de incumplimiento necesaria para tal reclamación.
-

IV Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil MOOT Madrid 2012



Universidad Carlos III de Madrid

ESCRITO DE CONTESTACIÓN

En representación de:

Vetusta, S.A.,
Avda. Bermúdez, nº56
Alas, Cervantia

DEMANDADO

En contra de:

Regenta, CO.
C/ Ripamillán, nº 54,
Vegallana, Andina

DEMANDANTE

9 de abril de 2012

Felipe Cordero
Cervantes

María García
Zambrana

Marta Maciá
Mayor

Ana Puerta
Gil de Gómez

Miguel Segovia
Herranz

Ana Torres
Leao-Coelho

María Velarde
del Barrio

Cristina Zhou
Lin

ÍNDICE

ÍNDICE	i
LISTA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES	v
LISTA DE DOCTRINA	vii
LISTA DE JURISPRUDENCIA	xvii
HECHOS	1
ALEGACIONES DE LA PARTE PROCESAL	2
PRIMERA.- EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER TODAS LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE LAS PARTES	2
A. LA RESOLUCIÓN DEL CAD NO ES DEFINITIVA PORQUE VETUSTA COMUNICÓ DE FORMA DEBIDA SU DISCONFORMIDAD	2
B. EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA DECIDIR RESPECTO DE LA GARANTÍA	2
C. EL TRIBUNAL SÍ ES COMPETENTE PARA RESOLVER TODAS LAS CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LOS SOBRECOSTES DERIVADOS DE LAS PARALIZACIONES Y HUELGAS	2
SEGUNDA.- EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA alzar LA MEDIDA CAUTELAR LEGÍTIMAMENTE SOLICITADA POR VETUSTA Y ACORDADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ALAS	3
A. VETUSTA ESTABA LEGITIMADA PARA ACUDIR A LOS TRIBUNALES DE CERVANTIA PARA SOLICITAR UNA MEDIDA CAUTELAR QUE IMPIDIERA LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA	3
i. La solicitud de una medida cautelar en vía judicial no vulnera la competencia del Tribunal Arbitral	3
ii. El Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Alas (Cervantia) era competente para decretar la medida cautelar	4
iii. La paralización de la ejecución del aval a primer requerimiento <i>inaudita parte</i> estaba justificada	4
B. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES INCOMPETENTE PARA ORDENAR EL LEVANTAMIENTO DE UNA MEDIDA CAUTELAR ACORDADA POR UN ÓRGANO JUDICIAL	4
TERCERA.- EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA ORDENAR MEDIDAS CAUTELARES, PERO LA SOLICITADA POR LA DEMANDANTE NO PROCEDE	5
CUARTA.- EL TRIBUNAL DEBE DECLARARSE INCOMPETENTE PARA MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO Y PARA ORDENAR MEDIDAS DE CARÁCTER COERCITIVO TENDENTES AL CUMPLIMIENTO	5
A. EL TRIBUNAL CARECE DE COMPETENCIA PARA MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO	5

B. EL TRIBUNAL CARACE DE COMPETENCIA PARA ORDENAR MEDIDAS DE CARÁCTER COERCITIVO TENDENTES AL CUMPLIMIENTO 6

- i. Aunque el Tribunal tiene competencia para ordenar el cumplimiento, éste no es un medio adecuado y eficaz para solucionar la presente controversia 6
- ii. En el Contrato no se ha autorizado al Tribunal a ordenar medidas coercitivas 7
- iii. No existe norma sustantiva aplicable que permita al Tribunal ordenar medidas coercitivas. El art. 7.2.4 UNIDROIT no refleja una práctica general 7

ALEGACIONES DE LA PARTE SUSTANTIVA 7

PRIMERA.- EL TRIBUNAL DEBE APLICAR COMO LEY SUSTANTIVA LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICABLES A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y EL DECRETO MINISTERIAL 7

A. EL CONTRATO CONSTITUYE LEY ENTRE LAS PARTES Y, EN LO QUE ÉSTE NO DISPONGA, SERÁN DE APLICACIÓN LOS PRINCIPIOS GENERALES 8

B. LA CONVENCION DE VIENA NO ES APLICABLE 8

- i. Una planta de fabricación de cemento no responde a la definición de mercadería 8
- ii. La parte principal del Contrato consiste en la realización de obras y la prestación de servicios 8

C. SÓLO SERÁN APLICABLES LOS ARTÍCULOS DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT QUE REFLEJEN VERDADEROS PRINCIPIOS GENERALES CONSOLIDADOS DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL 9

SEGUNDA.- VETUSTA NO ESTABA OBLIGADA A EFECTUAR LAS CORRECCIONES. EN CUALQUIER CASO, NO DEBE ASUMIR EL SOBRECOSTE 9

A. EL CONTRATO NO ES PROPIAMENTE DE TIPO LLAVE EN MANO 9

- i. El reparto de riesgos del Contrato no es propio de un contrato llave en mano. 10
- ii. No se pactó un precio cerrado o alzado. 10

B. VETUSTA NO ESTABA OBLIGADA A EFECTUAR LAS CORRECCIONES 11

C. EN TODO CASO, VETUSTA NO DEBE ASUMIR EL SOBRECOSTE 11

TERCERA.- VETUSTA CUMPLIÓ DILIGENTEMENTE CON TODAS SUS OBLIGACIONES CON ARREGLO AL CONTRATO 12

A. VETUSTA CUMPLIÓ CON LAS PRESCRIPCIONES DEL DECRETO MINISTERIAL 12

- i. El Decreto Ministerial no exigía la utilización de las técnicas geofísicas 12
- ii. Con el empleo de las técnicas geofísicas no se habría descubierto la corriente de agua subfreática 13

B. VETUSTA CUMPLIÓ CON SU DEBER DE DILIGENCIA 13

C. LA PARALIZACIÓN DE LAS OBRAS POR PARTE DE VETUSTA NO SUPUSO UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 14

CUARTA.- VETUSTA CUMPLIÓ CON EL PROCEDIMIENTO DE VARIACIÓN PREVISTO EN EL CONTRATO 15

A .VETUSTA ACTUÓ CONFORME AL CONTRATO AL INTRODUCIR LAS VARIACIONES 15

B .LA COMUNICACIÓN DE LA NECESIDAD DE HACER CAMBIOS SÓLO PUDO INTERPRETARSE COMO UNA PROPUESTA DE VARIACIÓN 16

C .EL COMPORTAMIENTO DE REGENTA FUE CONTRARIO A LA BUENA FE CONTRACTUAL 17

QUINTA.- LA EXISTENCIA DE EXCESIVA ONEROSIDAD DEBE CONDUCIR A LA DESESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDANTE 17

SEXTA.- LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS MANIFESTACIONES DE LA POBLACIÓN Y DE LA HUELGA DE LOS TRABAJADORES DEBEN SER ASUMIDAS POR REGENTA 18

A. REGENTA DEBE ASUMIR EL SOBRECOSTE CAUSADO POR LAS MANIFESTACIONES Y HUELGA DE LOS TRABAJADORES 18

i. Las manifestaciones sociales y la huelga de los trabajadores son causa directa del incumplimiento contractual de REGENTA 19

ii. VETUSTA actuó en todo momento bajo la diligencia debida 20

B. LA NOTIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DE VETUSTA SE REALIZÓ CONFORME A LO ESTIPULADO POR LAS PARTES 20

i. La notificación de VETUSTA fue plenamente ajustada a derecho 20

ii. La notificación al ingeniero como representante de REGENTA fue ajustada a derecho 21

SÉPTIMA.- EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL NO FUE CONFORME A DERECHO 21

A. LA DECISIÓN DEL INGENIERO FUE PARCIAL, DEPENDIENTE Y NO AJUSTADA A DERECHO 21

B. LA ACTUACIÓN DEL CAD TAMPOCO FUE CONFORME A DERECHO 22

i. Dos de los miembros del CAD no fueron independientes 22

ii. El proceso ante el CAD no cumplió con las mínimas garantías 23

iii. Hubo extralimitación en la decisión vertida por el CAD 25

OCTAVA.- LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA SOLICITADA POR REGENTA FUE INCORRECTA 26

A. REGENTA NO ESTÁ HABILITADA PARA SOLICITAR EL PAGO DE LA GARANTÍA 26

i. No concurre el presupuesto material para la ejecución de la Garantía 26

ii. El presupuesto formal exigido para el pago no se cumple 26

B. EXISTEN CIRCUNSTANCIAS QUE PERMITEN NEGAR EL PAGO 27

- i. La solicitud de pago presentada por REGENTA es abusiva y fraudulenta 27
- ii. El Banco garante está legitimado para denegar el pago 27

NOVENO.- VETUSTA NO HA INCUMPLIDO EL CONTRATO POR LO QUE NO DEBE INDEMNIZAR DAÑO Y PERJUICIO ALGUNO 28

- A. LA DEMANDANTE NO HA PROBADO DAÑO ALGUNO 28
 - B. EN TODO CASO, LA DEMANDANTE AGRAVÓ EL DAÑO 29
 - C. LA DEMANDANTE ESTÁ ABUSANDO DE SU DERECHO 29
-

LISTA DE ABREVIATURAS Y DEFINICIONES

art.	Artículo
Acl	Aclaración
Avda.	Avenida
C/	Calle
CAD	Comité de Adjudicación de Disputas
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCIM	Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980
CNUGI	Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Carta de Crédito Contingente de 1995
CNY	Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958
CV	Convención de Viena
Decreto Ministerial	Decreto Ministerial 7/2005 del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina
Demandada	VETUSTA
Demandante	REGENTA
Doc. Resp. Sol.	Documento de Respuesta a la Solicitud
Doc. Sol.	Documento de la Solicitud
El Contrato	El contrato suscrito entre las partes
Garantía	Aval bancario a primer requerimiento [<i>Doc. Sol. nº17</i>]
IBA Guidelines	International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration
i.e.	“id est”, por ejemplo

Infra.	Debajo
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006
n°	Número
Ord. Pro.	Orden Procesal
pág(s).	Página(s)
párr(s).	Párrafo(s)
RAE	Real Academia de la lengua española
RACCI	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2012)
REGENTA	REGENTA CO.
RUGD	Reglas Uniformes sobre Garantías a Primera Demanda de la Cámara de Comercio Internacional
ss.	Siguientes
Supra	Arriba
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Internacional
UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010
VETUSTA	VETUSTA S.A.
Vol.	Volumen
Vid.	Ver
VVAA	Varios Autores

LISTA DE DOCTRINA

CITADO COMO	REFERENCIA
ARNALDEZ/SCHÄFER	ARNALDEZ, Jean-Jacques y SCHÄFER, Erik: <i>Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de Commerce Internationale</i> , Revue de l'arbitrage, 1990, N° 4, p. 846
BENEDETTI	BENEDETTI, Alberto: “La excepción de incumplimiento (y contra el) contratante débil en el Derecho italiano”. Revista de Derecho Privado n°20, 2011.
BERGER	BERGER K.P. <i>International Economic Arbitration</i> , 1993.
BONNELL	BONNELL, Michael Joachim: <i>An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i> Edición, 3 Brill, 2005
BORN	BORN, Gary. “International commercial arbitration”. Volumen I, Wolters Kluwer, 2009.
BUTLOW	BUTLOW D. Enrique: “Las respuestas sobre dirección de obra”, Revista del colegio de profesionales de la ingeniería civil entre ríos, Colegio de Ingenieros, n° 10, 2008
CABANILLAS	CABANILLAS SANCHEZ, Antonio: “Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil”. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1988.
CHERN	CHERN, Cyril: “Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure”, Blackwell Publishing, 2008.
CISG-AC	CONSEJO ASESOR DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: “Opinión número 4. Con-

tratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CISG)”[el línea], 24 Octubre 2004

Disponible en:
<http://www.cisgac.com/>

CÓDIGO DE ÉTICA

Código de Ética para la Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería, A-150, edición 2003

CRAIG/PARK/PAULSSON

CRAIG, PARK, PAULSSON: International Chamber of Commerce Arbitration, Third Ed. Oceana, 2001

CREMADES

CREMADES, Bernardo M.: “*El arbitraje en la doctrina Constitucional Española*”, Lima Arbitration n°1 2006

DAELE

DAELE Karel: *Challenge and disqualification of arbitrators in international arbitration*, Wolters Kluwer (Law & Business), 2012

DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ

DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel, PONS GONZÁLEZ, Manuel: *Derecho de la construcción. Aspectos administrativos y civiles*, Comares, 2006

DERAINS

DERAINS, Yves: “*Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*”, ICCA New York Arbitration Congress 1986

DEVOLVÉ

DEVOLVÉ, Jean-Louis: *L'imprévision dans les contrats internationaux*, in TRAVAUX DU COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 1988-1990, at 147 (1991)

DÍAZ BARCO

DÍAZ BARCO, Fernando: *Manual de derecho de la Construcción*, Editorial Aranzadi, 2007

DÍEZ-PICAZO/GULLÓN

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN Antonio: *Sistema de derecho civil*, volumen II, Editorial Tecnos, Noveno Edición 2005

ELDER

ELDER, Troy E.: "The Case Against Arbitral Awards of Specific Performance in Transnational Commercial Disputes" *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 13, No. 1, 1997

ESPIGARES HUETE

ESPIGARES HUETE, José Carlos: "*La garantía a primer requerimiento. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*", Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1996

ESPLUGUES MOTA

ESPLUGUES MOTA, Carlos, BARONA VILAR, Silvia y HERNÁNDEZ MARTÍN, Juan: "*Contratación Internacional*", Valencia, Tirant lo Blanch, 1999

ESTEBAN CHAPARRÍA

ESTEBAN CHAPARRÍA, Vicent: "*Obras marítimas*", Editorial Universidad Politécnica de Valencia, 2004

FERNÁNDEZ ROZAS

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: "*Jurisprudencia extranjera, alcance del deber de revelación del árbitro*." *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2010

FIDIC RED BOOK

FIDIC Red Book. "*Conditions of contract for construction*". Federation internationale des ingénieurs conseils. 2005

FLORES PATIÑO

FLORES PATIÑO, Alejandro, "*La compétence du tribunal arbitral dans l'arbitrage commercial*", 2006

FOUCHARD

FOUCHARD, Philippe, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, 1979 REV. ARB. 67

- | | |
|-----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN | GAILLARD Emmanuel, SAVAGE John: <i>Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration</i> . Kluwer Law International, 1999 |
| GAILLARD/ PINSOLLE | GAILLARD, PINSOLLE: “ <i>The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences</i> ”, <i>Arbitration International</i> , Vol. 20 No. 1 (2004), pp. 1 – 19 |
| GALINDO GARFIAS | GALINDO GARFIAS, Ignacio: “ <i>Del incumplimiento del contrato de compraventa en la Convención de Viena del 11 de Abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías</i> ” |
| GARCÍA HERMOSO | GARCÍA HERMOSO, Fernando: “ <i>Estudios geotécnicos</i> ”, ENTECSA, Escuela Politécnica Superior de Huesca, 2006 |
| GONZÁLEZ-PALENZUELA | GONZALEZ-PALENZUELA Maria Teresa. “ <i>Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparativa</i> ”. Universidad de Extremadura. Cáceres. 1999 |
| GOUDSMIT | GOUDSMIT, Joel: “ <i>Arbitration in Construction Contracts</i> ”, <i>International Financial Law Review</i> . |
| GRIGERA NAÓN | GRIGERA NAÓN, Horacio: “ <i>Improving the Efficiency of Arbitration: Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention</i> ”, Kluwer Law International |
| HASCHER | HASCHER, ICC Practice in Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators, 6 (s) ICC Ct, Bull. 4,7 (1995). |
| HAUSMANIGER | <i>The ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration</i> ?, ICSID L.Rev., 1990 |
| HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ | HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “ <i>Los con-</i> |

tratos internacionales de construcción “llave en mano”, Comares, Granada 1990

HERNANY VEYTIA

HERNANY VEYTIA: “*Los valores que inspiran la contratación comercial internacional*”

HOCHSTRASSER

HOCHSTRASSER, Daniel : *Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules in International Arbitration*, Journal of International Arbitration, Vol. 11, Issue 1, pp. 57-86

HONNOLD

HONNOLD, John O.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999), pages 56-62, La Haya, Kluwer Law International

HÜRLIMANN: “*Specific Performance as a Remedy in Construction and Manufacturing*”

HÜRLIMANN, Roland: “Specific Performance as a Remedy in Construction and Manufacturing” en *Performance as a Remedy: Non-Monetary Relief in International Arbitration: ASA Special Series No. 30*, ASA, 2011

JALUZOT

JALUZOT, Beatrice. “*La bonne foi dans les contrats*”. Ed. Dalloz-Sirey, Paris, 2001

JARVIN

JARVIN: *Les décisions des arbitres peuvent-elles faire l’objet d’un recours juridictionnel?*, Revue de l’arbitrage, 1998, N° 4, p. 620

JAYALATH

JAYALATH, Chandana: “*Demystifying the role of engineer under FIDIC form*”, 2009

JENKINS/STEBBINGS

JENKINS Jane y STEBBINGS Simon: *International Construction Arbitration Law*, Kluwer Law International, Nueva York 2006

JIMÉNEZ ESCOBOSA

JIMÉNEZ ESCOBOSA, Lucrecia: “*Las garantías de cumplimiento en la contratación internacional*”. Republicana Dominicana, 2009

KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS

KRÖLL, Stefan, MISTELIS, Loukas, PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods*

(CISG), Verlog C.H., Beck, 2011

LAMARCA

LAMARCA MARQUÉS, Albert. “*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*”. Publicaciones del Real Colegio de España. 2001.

LÉCUYER-THIEFFRY

LÉCUYER-THIEFFRY: *First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure*, Journal of International Arbitration, Vol. 20 No. 6 (2003), pp. 599 – 607

LILIAN/SAN MARTIN

LILIAN C. SAN MARTIN, Neira. “*Sobre la naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación*”. Revista derecho privado, nº 21, Julio-diciembre 2011.

MARSTON

MARSTON Donald: “*Role of the Architect/Engineer in Construction Law Dispute Resolution*”, Osler, Hoskin & Harcourt, Canada.

MARTÍN CASALS

MARTÍN CASALS, Miquel: “*Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*”. Segundo Congreso de la Asociación Española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Granada, 2002.

MAYER

MAYER, Pierre: *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, Arbitration International, Vol. 2, Issue 4, 1986, pp. 274-322

MOREAU

MOREAU Bertrand: “*L’intervention su tribunal au cours de la procedure arbitrale en Droit française et Droit Comparé*”, Reb. Arb., 1978.

MOURRE

MOURRE, Alexis: *Multas coercitivas y ejecución en especie en arbitraje internacional*,

ODIGIE

ODIGIE, Basil O.: “*Evolution of dispute resolution mechanism in international construction contracts*”

ORTIZ/CRESPO	ORTIZ, G y CRESPO, T.M.: <i>“Aplicación de la técnica de georadar a los riesgos litorales: fundamentos, metodología, procesado e interpretación de datos”</i> , Área de Geología. Departamento de Biología y Geología de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
ORTIZ PRADILO	ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: <i>Las medidas cautelares en los procesos mercantiles</i> , Iustel, Madrid, 2006
OSPINA	Ospina Fernández Guillermo. <i>“Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”</i> . Quinta Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1998.
OWEN/TOTTERDILL	OWEN, Gwyn, TOTTERDILL, Brian W. <i>“Dispute Boards: procedures and practice”</i> , Londres: Thomas Telford, primera edición, 2008.
PALM	PALMA, Anronio. <i>“Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea”</i> . Vol. III, Padova-Venezia-Treviso, 2003.
PAULSSON	PAULSSON, Jan A.S. <i>L’adaptation du contrat</i> , 1984 REV. ARB, p. 249
PHILIPPE	PHILIPPE: <i>“Pacta sunt servanda” et “Rebus sic stantibus”</i> , en <i>L’apport De La Jurisprudence Arbitrale</i> , Seminario de 7 y 8 de abril, 1986, at 181 (ICC Publication No. 440/1, 1986)
PLANTARD	PLANTARD, Jean Pierre: <i>“Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador”</i> . Anuario Jurídico México X, 1983.
POUDRET/BESSON/BERTI/PONTI	POUDRET Jean-Francois, BESSON, Sebastien; BERTI, Stephen; PONTI, Annette: <i>Comparative Law of International Arbitration</i> , Sweet & Maxwell, 2007
POWELL-SMITH/REDMOND/STEPHENSON	POWELL-SMITH, Vincent; REDMOND, John;

STEPHENSON Douglas: “*Civil Engineering Claims*”, 1999.

PLUYETTE

PLUYETTE Gerard: “*A French Perspective of the Role of the Courts and Problems Related to the Execution of Conservatory and Provisional Measures*”, *Conservatory and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Bull. CCI, Special Supplement, 1993.

RAE

Real Academia de la Lengua Española: *Diccionario de la lengua española*, vigésimo segunda edición, 2001

REDFERN/HUNTER

REDFERN Alan y HUNTER Martin: “*Arbitration and the Courts: Interim Measures os Protection, is the Tide about to Tourn*”, *Tex. Int. Law Jour*, vol. 30, 1995.

REIG

REIG FABADO, Isabel: “*Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería*”, Servei de Publicacions, 2003.

REINER

REINER, Andreas: “*Les mesures provisoires et conservatoires et l’arbitrage international*”, notamment l’arbitrage CCI, Kellerhals, 1998.

RIVES-LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD

RIVES-LANGE Jean-Louis y CONTAMINE-RAYNAUD Monique: “*Droit Bancaire*”, Paris, Dalloz, 1986.

ROBERT

ROBERT, J: *L’arbitrage: Droit interne, droit international prive*, 5ª Edición, 1983

ROCA

ROCA, Juan. “*Homenaje al profesor Juan Roca Juan*”. Secretariado de publicaciones Ed. III, Universidad de Murcia 1989.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano: “*Re-*

solución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los dispute boards. "Revista E-Mercatoria Volumen 5, Número 1, 2006.

RODRÍGUEZ GREZ

RODRIGUEZ GREZ, Pablo: "*Responsabilidad Contractual*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

ROSS

ROSS, Luttrell: "*Bias challenges in international arbitration: the need for a real danger test*", Wolter Kluwer, 2009

SÁNCHEZ-CALERO

SÁNCHEZ-CALERO, Juan: "*El contrato autónomo de garantía: las garantías a primera demanda*", Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil.

SAN JUAN CRUCELEAGUI

SAN JUAN CRUCELEAGUI, Javier: "*Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*", Madrid, Thompson Civitas, 2004.

SCHLECHTRIEM

SCHLECHTRIEM, Peter: Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Manz, Viena, 1986*

SCHLECHTRIEM/SCHWENZER

SCHLECHTRIEM, Peter, SCHWENZER, Ingeborg: *Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Munich, 2005

SCHNEIDER/KNÖLL

SCHNEIDER, Michael, KNÖLL, Joachim: *Performance as a Remedy: Non Monetary Relief in International Arbitration*, ASA, 2011

SERRA DOMÍNGUEZ

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Derecho Procesal Civil*

SILVA ROMERO

SILVA ROMERO, Eduardo. Segundo (II) Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje – El arbitraje y la jurisdicción, Madrid, 17-19 de junio de 2007. "*Adopción de medidas cautelares*

por el juez y por el árbitro”

STEIN

STEIN, Steven: “*Constrution Law*”, Matthew Bender, 1999.

SUESCÚN MELO

SUESCÚN MELO, Jorge: “*Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*”, Cámara de Comercio de Bogotá, Derecho Privado, Universidad de Los Andes. Bogotá 1996.

VAN DEN BERG

VAN DEN BERG, Albert Jan: “*Court Decissions on the 1958 New York Convention*”, Yearbook Commercial Arbitration 1987.

VEYTIA/ GARRO

VEYTIA, Hernani, GARRO, Antonio: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 2004

VON METTENHEIM

VON METTENHEIM: “*Die missbräuchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien*”, RIW/AWD, 1981.

VVAA

AYUNTAMIENTO DE MADRID: “*Guía de investigación de la calidad del suelo. Capítulo 9: técnicas de exploración de la investigación de suelos contaminados*”.

ZWEIGERT/KOTZ

ZWEIGERT, K. y KOTZ, H: “*Einführung in die Rechtsverleichung*”, Tübingen, 1996.

LISTA DE JURISPRUDENCIA

CITADO COMO	REFERENCIA
JURISPRUDENCIA	
Alemania	
Caso <i>Landgericht Stendal</i>	Caso <i>Landgericht Stendal</i> . 12 de Octubre del 2000.
Argentina	
Expte 028898/09	Caso <i>S A Lito Gonella e Hijo ICFI vs Bisa Seguros de Reaseguros S.A. y Otros medida precautoria</i> .
Canadá	
Caso <i>Brennan & Hollingsworth v City of Hamilton</i>	<i>Brennan & Hollingsworth v City of Hamilton</i> (1917) 39 O.L.R. 367 (HC).
Colombia	
Caso <i>Sociedades Merck & Co Inc. v. Tecnoquímicas S.A.</i>	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, <i>Sociedades Merck & Co Inc. contra la empresa Tecnoquímicas S.A.</i> , Auto n° 042 del 1 de marzo de 1999.
Dinamarca	
Caso <i>Korsnäs Aktiebolag v. AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad</i>	<i>Korsnäs Aktiebolag v. AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad</i>
Estados Unidos	
US Supreme Court, <i>Commonwealth Corp. v. Casualty Co.</i> 393	The U.S. Supreme Court's <i>Commonwealth Coatings Corp. v Continental Casualty Co.</i> , 393 U.S. 145 (1968).
España	
STC 60/1996	Sentencia del Tribunal Constitucional Español (Sala Segunda) núm. 60/1996 de 15 de abril
Francia	
Caso <i>Société des Equipments Industriels Stolz SA v. Ets Letierce et autre</i>	Decisión de Enero de de 1988, <i>Société des Equipments Industriels Stolz SA v. Ets Letierce et autre</i> , 1988
<i>Saline d'Einvilleville vs Compagnie</i>	CA París 11 de Julio de 1991, <i>Saline d'Einvilleville v. Compagnie des Salins du Midi</i> , 1991.

Thyssen Stahlunion vs Maaden

CA París, 6 de abril de 1995, *Thyssen Stahlunion v. Maaden*, 1995.

Inglaterra

Caso *R. vs Sussex Justices*

R. v. Sussex Justices, King's Bench Division, 9 November 1923.

Italia

Caso *High fashion textiles*

Sentencia de la Corte de Distrito de Pavia
29 de diciembre de 1999
Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991229i3.html>

Caso *Scherk Enterprises vs Société des Grandes Marques*.

Sherk Enterprises AG v. Société des grandes marques SA, 15 September 1977, No 3989 SU, *Giurisprudenza Annotata di Diritto Industriale* 1977.

Suiza

ASA 256/2009

Decisión 4A 256/2009 y Decisión 4A 258/2009 de 11 de enero de 2010 en ASA

ASA 458/2009

Decisión 4A 458/2009 de 10 de junio de 2010 en ASA

Caso *Hispano Suiza vs Hurel Dubois*

Cass. 2e civ., 9 de diciembre de 1997, *Hispano Suiza v. Hurel Dubois*, 1998

Caso *PVC and other synthetic materials*

Sentencia de la Corte de Distrito de Zug
21 de octubre de 1999

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021s1.html>

Caso *HG St. Galler*, de 6 de abril de 2006

Sentencia de la Handelsgericht de St. Galler (HG. 2002.68-HGK)
6 de abril de 2006

HG Zürich, de 9 de julio de 2002

Sentencia de la Handelsgericht de Zurich
9 de julio de 2002

Disponible en:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020709s1.html>

LAUDOS ARBITRALES**Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**

Laudo CCI núm. 1512/1971	Laudo arbitral dictado en un arbitraje institucional (CCI) No. 1512 (1971) Lex fori aplicable al procedimiento arbitral.
Laudo CCI núm. 2216/1974	Laudo Arbitral CCI No. 2216 de 1974
Laudo CCI núm. 2291/1975	Laudo Arbitral CCI No. 2291 de 1975
Laudo CCI núm. 2404/1975	Laudo Arbitral CCI No. 2404 de 1975
Laudo CCI núm. 2708/1976	Laudo Arbitral CCI Cámara de comercio Internacional Caso No. 2708 de 1976
Laudo CCI núm. 3267/1979	Laudo Arbitral CCI Caso 3267 de 1979
Laudo CCI núm. 3327/1982	Laudo Arbitral CCI No. 3327 de 1982 J.D.I. 971, 1981: Medwig
Laudo CCI núm. 3938/1982	Laudo Arbitral CCI No. 3938 (1982), Journal du droit international (Clunet)
Laudo CCI núm. 4126/1984	Laudo Arbitral CCI No. 4126 de 1984
Laudo CCI núm. 4156/1984	Laudo Arbitral CCI No. 4156 de 1984
Laudo CCI núm. 4998/1986	Laudo Arbitral CCI No. 4998 de 1986
Laudo CCI núm. 5650/1991	Laudo Arbitral CCI No. 5650 de 1991
Laudo CCI núm. 6566/1993	Laudo Arbitral CCI No. 6566 de 1993
Laudo CCI núm. 7536/1995	Laudo Arbitral CCI No. 7536 de 1995
Laudo CCI núm. 2444/1997	Laudo Arbitral CCI No. 2444 de 1997

Otros

Caso <i>Texaco/Calasiatic v. Libia</i>	Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (Laudo sobre el fondo del asunto, Árbitro único Dupuy, 1977), Journal du droit international (Clunet), 104 (1977), 350-389
Casos <i>Patuha y Himpurna</i>	Final Award, 14 Mealey's Int. Arb. Rep. B-1, B-4

HECHOS

1. La compañía VETUSTA CO. (en adelante, “**VETUSTA**” o la “**Demandada**”) es una empresa líder en el sector de la construcción de plantas industriales que cuenta con una indiscutible y reconocida experiencia internacional. La compañía REGENTA CO. (en adelante, “**REGENTA**” o la “**Demandante**”) es una sociedad dedicada a la producción masiva de cemento portland. VETUSTA resultó adjudicataria del proceso abierto de licitación convocado por REGENTA para la construcción de una planta de cemento en la localidad de Olías del Cuervo, firmando ambas partes el 14 de marzo de 2011 un contrato (en adelante, el “**Contrato**”) [Doc. Sol. n° 2] que fijaba sus respectivos derechos y obligaciones.
2. Al momento de la firma del Contrato, mi representada no pudo prever las dificultades que iban a surgir en la obra y que iban a constituir el detonante de los problemas surgidos entre las partes. En primer lugar, pese a la diligencia con la que mi representada realizó el estudio geotécnico que le había sido encargado, al comenzar las excavaciones se encontró con que el terreno adolecía de una corriente de agua subfreática, cuya existencia era totalmente imprevisible. Este descubrimiento exigía una *modificación profunda del proyecto inicial*, traducida en un aumento de los costes de la obra [Resp. Sol. Arb. párr. 11]. Esta circunstancia fue comunicada con la debida celeridad a REGENTA, entendiéndose de las comunicaciones intercambiadas entre las partes que la Demandante aceptaba que había tenido lugar una variación del proyecto y que debía asumir el sobrecoste. Pese a ello, REGENTA se ha negado al pago.
3. En segundo lugar, durante la ejecución de la obra y pese a haber adoptado las medidas de seguridad necesarias, mi representada ha tenido que hacer frente a las manifestaciones sociales y huelga de los trabajadores, dificultades éstas de las que REGENTA era totalmente conocedora [Doc. Resp. Sol. n° 5]. Con el objetivo de paliar estos problemas, VETUSTA llevó a cabo medidas tendentes a la reincorporación de los empleados en sus respectivos puestos de trabajo, que supusieron un incremento del precio del proyecto equivalente a un 8% que, nuevamente y aun estando obligada a ello, REGENTA se niega a asumir.
4. Ante la negativa por parte de REGENTA de hacer frente al nuevo precio del proyecto, se decidió recurrir a la opinión de terceros. Así, según lo pactado en la Cláusula 5.1 del Contrato [Doc. Sol. n° 3], se sometió la disputa al juicio tanto de un Ingeniero/consultor (en adelante, el “**Ingeniero**”) como de un Comité de Adjudicación de Disputas (en adelante, el “**CAD**”) -ambos órganos previstos en el Contrato-, opiniones que mi representada se negó a acatar al no contar ninguno de estos órganos con la imparcialidad suficiente como para emitir una decisión o resolución ajustada a Derecho. A mayor abundamiento, el CAD, además de ser inhábil por la estrecha relación de alguno de sus miembros con la Demandante, se extralimitó en sus funciones emitiendo una resolución sobre materias que no habían sido sometidas a su consideración.
5. Mi representada, haciendo gala de la profesionalidad que le caracteriza y esperando a que la Demandante entrara en razón y decidiera abonarle el precio que adeudaba, continuó con la ejecución de las obras. La situación permaneció así hasta el momento en que la Demandada conoció que REGENTA iba a hacer uso de la Garantía firmada por las partes en el Contrato, algo incomprensible teniendo en cuenta que mi representada no había incumplido el Contrato y que la única intención de la parte actora era presionar a la Demandada. Fue entonces cuando VETUSTA, tras los continuos despropósitos por parte de REGENTA, consideró apropiado a su derecho intentar paralizar el cobro de la garantía, por considerarlo abusivo y fraudulento. Concretamente, acudió a la vía judicial por ser ésta la vía más efectiva a su alcance, obteniendo una medida cautelar que ordenó la suspensión del pago de la garantía [Doc. Sol. n° 22].

ALEGACIONES DE LA PARTE PROCESAL

PRIMERA.- EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER TODAS LAS DIFERENCIAS SURGIDAS ENTRE LAS PARTES

6. La Demandante sostiene que este Tribunal es competente para resolver las disputas surgidas entre las partes porque existe un acuerdo arbitral válido y se agotaron los mecanismos prearbitrales previstos en el Contrato [*Demanda, párrs. 2-12*]. Asimismo, reconoce la competencia del Tribunal para decidir sobre la ejecución de la Garantía y sobre el cumplimiento del Contrato, aunque sostiene que el Tribunal no puede entrar a conocer sobre los sobrecostos derivados de las paralizaciones y huelgas de los trabajadores [*Demanda, párrs.13-25*].
7. No se discute la validez del convenio arbitral ni la necesidad de acudir a los mecanismos prearbitrales de resolución de conflictos previstos en el Contrato. Ahora bien, en lo que respecta a la resolución del CAD, conviene hacer mención a que (A) la notificación de disconformidad implica que esta no es definitiva, lo que autoriza al Tribunal a conocer sobre el fondo. En segundo lugar, (B) el Tribunal es competente para decidir respecto de la Garantía, pero por motivos distintos a los alegados por la Demandante. En tercer lugar, (C) el Tribunal sí es competente para resolver todas las controversias relacionadas con los sobrecostos derivados de las paralizaciones y huelgas.

A. LA RESOLUCIÓN DEL CAD NO ES DEFINITIVA PORQUE VETUSTA COMUNICÓ DE FORMA DEBIDA SU DISCONFORMIDAD

8. Conforme a la Cláusula 21.1 del Contrato [*Doc. Sol. n° 3*] “*Ninguna de las partes podrá acudir a la vía arbitral si previamente no ha notificado a la otra parte su desacuerdo con la decisión adoptada por el CAD.*” La misma cláusula exige que la notificación de disconformidad cumpla dos requisitos: que se realice en el plazo de 28 días desde la notificación de la resolución y que se haga referencia expresa al objeto de la controversia además de incluir las razones o motivos por los que se está en desacuerdo con la decisión adoptada.
9. Pues bien, el correo enviado el día 24 de octubre de 2011 [*Doc. Sol. n° 16*] cumple con estas exigencias. En efecto, éste se remite once días después de la emisión de la resolución del Comité. Asimismo, en esta comunicación VETUSTA enumera con claridad los tres motivos por los que está en desacuerdo: *no se dejó presentar documentación, se discutieron cuestiones no previstas y se adoptó una decisión que no se había pedido.*

B. EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA DECIDIR RESPECTO DE LA GARANTÍA

10. Sostiene la Demandante que el Tribunal es competente para conocer las cuestiones en relación a la Garantía “*ya que la Cláusula Compromisoria [en referencia al acuerdo arbitral contenido en el Contrato] se extiende a la Garantía.*” [*Demanda párr. 13*]. No parece tener en cuenta la Demandante que la Garantía contiene un acuerdo arbitral propio. En todo caso, esto no afecta a la competencia del Tribunal ya que esta reside, simplemente, en el hecho de que ambas partes han solicitado a este Tribunal se pronuncie sobre la Garantía sin que alguna de ellas haya objetado la competencia de éste en el Acta de Misión¹.

C. EL TRIBUNAL SÍ ES COMPETENTE PARA RESOLVER TODAS LAS CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON LOS SOBRECOSTES DERIVADOS DE LAS PARALIZACIONES Y HUELGAS

¹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, párr. 1235-1236

11. La Demandante sostiene que el Tribunal no es competente para pronunciarse y decidir respecto de los sobrecostos derivados de las paralizaciones y huelgas de los trabajadores [*Demanda*, párr. 22 y ss.]. Sin embargo, conforme a lo expuesto anteriormente en relación a la Garantía, el Tribunal sí es competente. En efecto, ambas partes han solicitado a este Tribunal que se pronuncie sobre estas cuestiones y, además, no han objetado esta competencia en el Acta de Misión².

SEGUNDA.- EL TRIBUNAL ARBITRAL NO ES COMPETENTE PARA ALZAR LA MEDIDA CAUTELAR LEGÍTIMAMENTE SOLICITADA POR VETUSTA Y ACORDADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ALAS

12. Como reconoce la Demandante, (A) VETUSTA estaba legitimada para acudir a los Tribunales de Cervantia para solicitar una medida cautelar que paralizase la ejecución de la Garantía. Sin embargo, (B) el Tribunal Arbitral no es competente para ordenar el levantamiento de dicha medida cautelar.

A. VETUSTA ESTABA LEGITIMADA PARA ACUDIR A LOS TRIBUNALES DE CERVANTIA PARA SOLICITAR UNA MEDIDA CAUTELAR QUE IMPIDIERA LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

13. En esta sede, se demostrará que: (i) la solicitud de una medida cautelar en vía judicial no vulnera la competencia del Tribunal Arbitral; (ii) el Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Alas (Cervantia) era el competente para decretar la medida cautelar; y (iii) que la adopción de la medida cautelar *inaudita parte* estaba plenamente justificada.

i. La solicitud de una medida cautelar en vía judicial no vulnera la competencia del Tribunal Arbitral

14. REGENTA sostiene que el Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Alas no era competente para acordar la medida cautelar que paralizó la ejecución de la Garantía [*Demanda*, párr. 26]. Sin embargo, seguidamente fundamenta su alegación en preceptos de las Reglas de la CCI y de la Ley Modelo, que precisamente reconocen esta posibilidad [*Demanda*, párr. 27].
15. En primer lugar, el art. 28.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, “**RACCI**”) establece que acudir a una autoridad judicial con el fin de obtener medidas cautelares o provisionales no contraviene el acuerdo arbitral y no afecta a la competencia arbitral al respecto. En este mismo sentido, el art. 9 de la Ley Modelo establece que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte “*solicite a un Tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el Tribunal conceda esas medidas*”. La Demandante reconoce “*que, en diferentes casos de la CCI, se ha afirmado que acudir a Cortes nacionales no constituye una renuncia al arbitraje ni una violación del pacto arbitral*” [*Demanda*, párr.27]. Así se ha reconocido en numerosos laudos³ y así lo admite la mayoría de la doctrina⁴.
16. El fundamento de esta postura se encuentra, por un lado, en la urgencia con que el órgano jurisdiccional puede acordar la medida cautelar frente a la dilación que supondría esperar a la constitución del Tribunal Arbitral, puesto que los primeros se encuentran permanentemente constituidos⁵. Por otro, en la circunstancia de que las decisiones emitidas por un órgano jurisdiccional serán inmediatamente ejecutables. En efecto, al carecer el Tribunal Arbitral de *imperium*, si el sujeto pasivo de la medida cautelar decidiera no cumplirla, sería necesario acudir igualmente a la vía judicial para que impusiera la ejecución⁶.

² Ibidem.

³ Laudo CCI núms. 2444/1997, 4156/1984, 5650/1991, 6566/1993

⁴ LÉCUYER-THIEFFRY, pp. 599 -607; GAILLARD/PINSOLLE, pp. 1-19; HAUSMANIGER, p. 190, ARNALDEZ/SCHÂFER p. 846; JARVIN, p. 620.

⁵ REINER p. 883, PLUYETTE, pp. 89-91, MOREAU, pp. 323-340

⁶ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, párr. 1307

ii. El Juzgado de Primera Instancia n° 10 de Alas (Cervantia) era competente para decretar la medida cautelar

17. Podría alegarse que la falta de competencia del Juzgado de Alas reside en el art. 35 de las Reglas Uniformes sobre garantías a Primera Demanda de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, “RUGD”), que establece que “*todo litigio entre el garante y el beneficiario relativo a la garantía será resuelto exclusivamente por el Tribunal competente del país u oficina del garante que emitió la garantía*”. Así, puede sostenerse que el órgano jurisdiccional competente habría sido uno del país donde se emitió la garantía, esto es, Andina [Doc. Sol. n° 17].
18. Sin embargo, el supuesto de hecho de este art. no se cumple por tres razones: (a) las RUGD son meramente dispositivas; por lo tanto, en la medida en que se acuerda someter a arbitraje todas las cuestiones relacionadas con la Garantía, el competente para resolver el fondo es el Tribunal Arbitral, no un órgano jurisdiccional; (b) el Juzgado de Primera Instancia de Alas (Cervantia) acordó una medida cautelar y no decidió sobre el fondo del asunto, algo que, como bien reconoce VETUSTA, correspondía a este Tribunal; y (c) en tanto que la Garantía dice que se rige por las RUGD y en lo no dispuesto por estas *por la legislación de Cervantia* [Doc. Sol. n° 17], era razonable solicitar la medida cautelar ante los Tribunales de Cervantia, pues conforme al art. 21 de la Convención de la CNUDMI sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (en adelante, “CNUGI”), ha de darse preferencia a la ley elegida por las partes.
19. A mayor abundamiento, la buena fe de VETUSTA es patente pues, tras recibir la Solicitud de Arbitraje, presentó una copia de ésta al Juzgado. Además, en tanto éste ha decidido mantener la medida “*con sujeción a lo que decida el Tribunal Arbitral*” [Ord. Pro. n° 2, Acl. 22], no cabe duda de que se ha respetado en todo momento la competencia del Tribunal Arbitral.

iii. La paralización de la ejecución del aval a primer requerimiento inaudita parte estaba justificada

20. El Juez puede acordar la adopción de medidas cautelares a solicitud de una de las partes y sin necesidad de celebrar previamente una vista entre ambas (*i.e. inaudita parte*) cuando aprecie que existe peligro de abuso de derecho mediante ejecuciones infundadas y fraudulentas⁷. En este sentido, la paralización de la ejecución del aval a primer requerimiento solicitada por VETUSTA sin audiencia de REGENTA se encontraba plenamente justificada.
21. VETUSTA solicitó dicha paralización una vez que REGENTA ya había presentado la solicitud de la ejecución de la Garantía, que se encontraba pendiente únicamente del examen del Banco Garante. Esta ejecución supondría para VETUSTA la apariencia de deudor incumplidor, y la consecuente minoración de su fama y posición en el mercado, pudiendo ello afectar a su financiación y a su valor económico. Es por ello que, en este caso, concurren los requisitos de urgencia y necesidad exigidos para el establecimiento de medidas *inaudita parte*.⁸ Esta medida no supone en ningún caso una vulneración de los derechos de REGENTA. En efecto, no lleva aparejada una imposibilidad permanente de ejecutar la Garantía, sino una paralización temporal hasta que se decida si es o no procedente intentar impedir el uso abusivo de los derechos que la garantía a primera demanda trae consigo.

B. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES INCOMPETENTE PARA ORDENAR EL LEVANTAMIENTO DE UNA MEDIDA CAUTELAR ACORDADA POR UN ÓRGANO JUDICIAL

22. El Tribunal Arbitral no puede ordenar el levantamiento de la medida cautelar ordenada el Juzgado porque, como se ha demostrado, no se ha vulnerado su competencia y, además, el Tribunal no tiene poder de decisión sobre las decisiones judiciales. En efecto, así como es legítimo

⁷ ORTIZ PRADILLO, p. 169

⁸ Ibidem, p. 166

solicitar a un juez que modifique (amplíe o limite) una medida cautelar adoptada por un árbitro, no lo es en el caso contrario⁹.

23. En este sentido, la práctica arbitral da la razón a esta parte. Aunque no es poco frecuente la recepción de solicitudes para anular órdenes cautelares dictadas previamente por un juez, lo habitual es que el árbitro se declare incompetente para anular tal medida¹⁰ con fundamento en que, de otro modo, podría incurrir en una violación de la jurisdicción y competencia del Juez.

TERCERA.- EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA ORDENAR MEDIDAS CAUTELARES, PERO LA SOLICITADA POR LA DEMANDANTE NO PROCEDE

24. La Demandante solicita al Tribunal que, en caso de declararse incompetente para levantar la medida cautelar acordada por el Juzgado, decrete otra medida cautelar consistente en una orden de pago ejecutable ante los tribunales de Vegallana (Andina) [*Demanda*, párr. 31].
25. Pues bien, esta parte no cuestiona la competencia del Tribunal para ordenar medidas cautelares, sino su procedencia. Conforme a los arts. 9 y 17 Ley Modelo y al art. 28 RACCI, el Tribunal Arbitral es competente para ello. Sin embargo, como se demostrará en la parte sustantiva relativa a la garantía (*Vid infra* párr.172. y ss.), la ejecución de la Garantía que solicitó REGENTA no era procedente pues no se daban los requisitos para ello. Por tanto, tampoco procede ordenar una orden de pago subsidiaria.
26. Además, aun cuando el Tribunal decidiera adoptar la medida mediante un laudo parcial, existen serias dudas sobre si éste sería ejecutable ante los Tribunales de Andina. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman que la Convención de Nueva York (en adelante, “CNY”) sólo es aplicable a decisiones finales que deciden sobre el fondo de la disputa. *Sensu contrario*, las medidas cautelares adoptadas por un Tribunal Arbitral, al ser temporales y no definitivas, no estarían amparadas por la CNY, incluso aunque se acordaran en forma de laudo¹¹.

CUARTA.- EL TRIBUNAL DEBE DECLARARSE INCOMPETENTE PARA MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO Y PARA ORDENAR MEDIDAS DE CARÁCTER COERCITIVO TENDENTES AL CUMPLIMIENTO

27. En este sede se demostrará que (A) el Tribunal carece de competencia para modificar unilateralmente el Contrato aun cuando considere que las partes no acordaron una variación. A continuación, se probará que (B) el Tribunal carece asimismo de competencia para ordenar medidas de carácter coercitivo tendentes al cumplimiento. En esta segunda sede se estudiará, como cuestión previa, la competencia del Tribunal para ordenar el cumplimiento.

A. EL TRIBUNAL CARECE DE COMPETENCIA PARA MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO

28. Las partes no han concedido en la Cláusula arbitral [*Doc. Sol. n° 2*] competencia al Tribunal para modificar el Contrato unilateralmente ante un cambio en las circunstancias. Por tanto, el Tribunal debe respetar esa voluntad y declararse incompetente para acordar unilateralmente cualquier modificación.
29. Esta concepción estrecha de los poderes de los árbitros es la imperante en la práctica internacional, pues se estima que en los contratos internacionales intervienen partes que son experimenta-

⁹ SILVA ROMERO, p. 17

¹⁰ CCI 7536/1995 y 4126/1984, 4998/1986

¹¹ POUDRET/BESSON, párrs. 639 y 879. Defienden estos autores que la Convención de Nueva York sólo se aplica a decisiones finales. En este sentido, dado que toda decisión que adopte una medida cautelar es temporal y por tanto, no definitiva, no puede ser calificada de laudo conforme a la Convención de Nueva York.: SILVA ROMERO, p. 11; Caso *Sociedades Merck & Co Inc. v Tecnoquímicas S.A.*

dos profesionales que pueden protegerse por sí mismas frente a tales cambios¹². Es más, incluso cuando actúan como “*amigables componedores*”, los árbitros se suelen mostrar reticentes a interpretar cláusulas supliendo lagunas del contrato¹³ o adaptar éste a las circunstancias futuras¹⁴.

30. En todo caso, cualquier pretensión de la Demandante que exceda lo estipulado en el Contrato o en la Garantía, queda excluida, so pena de afectar a la validez o ejecutabilidad del laudo conforme a los arts. 34.2).a) ii y 36.1.a).iii Ley Modelo y el art. V CNY.

B. EL TRIBUNAL CARACE DE COMPETENCIA PARA ORDENAR MEDIDAS DE CARÁCTER COERCITIVO TENDENTES AL CUMPLIMIENTO

31. Las multas coercitivas como las que se solicitan están intrínsecamente vinculadas con la posibilidad de ordenar la ejecución en especie. Precisamente, dado que es este uno de los puntos litigiosos que ha fijado este Tribunal [*Acta de misión, VI*] se demostrará en primer lugar que, (i) si bien el Tribunal es competente para ordenar el cumplimiento, no sería este un medio idóneo para solucionar la controversia aunque VETUSTA hubiera incumplido el Contrato.
32. Por otro lado, los árbitros sólo pueden ser investidos de poder para acordar multas coercitivas a través de dos vías: la autorización expresa de las partes o por la ley aplicable al fondo del asunto¹⁵. Así pues, el Tribunal Arbitral no tiene competencia para ordenar medidas coercitivas tendentes al cumplimiento porque (ii) en el Contrato no se ha otorgado competencia al Tribunal para otorgar medidas coercitivas, y porque (iii) no existe norma sustantiva aplicable que permita al Tribunal ordenar medidas coercitivas.

i. Aunque el Tribunal tiene competencia para ordenar el cumplimiento, éste no es un medio adecuado y eficaz para solucionar la presente controversia

33. Los Tribunales, tanto jurisdiccionales como arbitrales, tienen competencia para ordenar el cumplimiento de las obligaciones que las partes han acordado. Tal es así que se ha llegado a afirmar incluso que este puede ser considerado un principio general de derecho¹⁶. Pues bien, la primera y esencial razón para negar esta posibilidad es que VETUSTA no ha incumplido ninguna de sus obligaciones (*Vid. infra*, parte sustantiva). Sin embargo, aun cuando el Tribunal considerara que así ha sido, la ejecución en especie es un remedio que el Tribunal debe descartar por tres razones que esta parte procede a detallar a continuación.
34. En primer lugar, la práctica judicial y arbitral internacional demuestran que en el ámbito de la construcción, en limitados casos, ordenar el cumplimiento es más adecuado que una condena de daños¹⁷. Por ejemplo, puede ser adecuada la condena al cumplimiento cuando terminada la obra el constructor se niega a entregar las llaves o las instrucciones de la maquinaria o en el caso en el que, tras la finalización, se detectan defectos y el constructor se opone a repararlos¹⁸.
35. En segundo lugar, delimitar la condena al cumplimiento en contratos tan complejos como el presente, plantea tales dificultades que la convierten en inoperante. En efecto, en tanto que se obtiene la condena al cumplimiento, puede haber pasado demasiado tiempo. Además, para de-

¹² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN párrs. 36-37, PAULSSON p. 249, PHILIPPE p. 181, DEVOLVÉ p. 147; Entre los numerosos laudos de la CCI, *vid*: 1512/1971, 2216/1974, 2291/1975, 2404/1975, 2708/1976

¹³ Laudo CCI núm. 3938/1982

¹⁴ Laudos CCI núm. 3267/1979, 3327/1982

¹⁵ POUDRET/BESSON, párr. 540

¹⁶ Caso *Texaco v. Calasiatic*. El Tribunal, tras realizar un análisis de derecho internacional público y derecho comparado, concluye que la “*restitutio in integrum*” del *civil law* y su equivalente en el *common law* la “*specific performance*” son la consecuencia normal de un incumplimiento contractual,

¹⁷ HÜRLIMANN: “Specific Performance as a Remedy in Construction and Manufacturing”

¹⁸ *Ibidem*, p. 269

terminar qué debe hacer el constructor, es necesaria una descripción precisa de todos los trabajos que deben ser llevados a cabo¹⁹, lo cual plantea evidentes problemas técnicos al órgano decisor.

36. Finalmente, ordenar el cumplimiento específico plantea dificultades de ejecución conforme a la CNY. Un laudo que acuerda el cumplimiento específico exigiría que uno o más Estados supervisen su ejecución, un resultado que no sólo no se contempla en la CNY, sino que además puede invitar a los Tribunales que ordenan la ejecución a revisar el fondo del laudo²⁰. Por ello, la condena por daños es la única solución práctica y eficaz en casos de incumplimiento²¹.

ii. En el Contrato no se ha autorizado al Tribunal a ordenar medidas coercitivas

37. A falta de una previsión específica que conceda a los árbitros el poder de imponer multas coercitivas, se debe considerar que las partes no consintieron dicha posibilidad²². El único poder que se deriva del convenio arbitral es el de resolver la controversia, eso es, la jurisdicción²³. Así, la única vía para reconocer tal poder al árbitro en ausencia de autorización expresa de las partes es la *lex causae*, esto es, la ley aplicable al fondo del asunto.

iii. No existe norma sustantiva aplicable que permita al Tribunal ordenar medidas coercitivas. El art. 7.2.4 UNIDROIT no refleja una práctica general

38. Las partes no han acordado expresamente la aplicación de los Principios UNIDROIT, si bien en la Cláusula 51 de Ley Aplicable, se establece la aplicabilidad de los “*principios generales del Derecho aplicables a los contratos comerciales internacionales*”.

En este sentido, VETUSTA podría fundamentar la pretensión de que el Tribunal ordene medidas coercitivas tendentes al cumplimiento en el art. 7.2.4 UNIDROIT. Este artículo reconoce la posibilidad de ordenar, junto con el cumplimiento, el pago de una pena si no se cumple con la orden. Sin embargo, como reconoce la doctrina²⁴, la jurisprudencia arbitral no ha aportado aún prueba de que el art. 7.2.4 UNIDROIT constituya una práctica general. Tal es así que, en un muy limitado número de casos, los árbitros aplican medidas coercitivas con base en este precepto²⁵. Por tanto, no cabe duda de que el art. 7.2.4 UNIDROIT no es un principio general del Derecho tal y como exige la Cláusula 51 del Contrato y, por tanto, el Tribunal no está autorizado a aplicarlo.

ALEGACIONES DE LA PARTE SUSTANTIVA

PRIMERA.- EL TRIBUNAL DEBE APLICAR COMO LEY SUSTANTIVA LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICABLES A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y EL DECRETO MINISTERIAL

39. Defiende la Demandante que se deben aplicar los Principios UNIDROIT y el Decreto Ministerial [*Demanda*, párr. 10 y ss.]. Además, sostiene en la Solicitud de Arbitraje [*Sol. Arb. párr. 45*] que la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, “CCIM” o “Convención de Viena”) resulta aplicable; afirmación de la que parece desentenderse posteriormente al no reiterarla en la Demanda.

¹⁹ HG St .Galler, de 6 de abril de 2006. El tribunal determina que la petición no se había determinado de manera suficientemente precisa.

²⁰ ELDER p.13 y ss.

²¹ *Ibidem*

²² POUURET/BESSON, párr. 540

²³ POUURET/BESSON párr. 540, ROBERT, p. 175

²⁴ MOURRE p. 21

²⁵ De hecho, en la base de datos UNILEX, no se encuentra ni un sólo caso que aplique el art.7.2.4 UNIDROIT, no sólo de tribunales arbitrales sino tampoco de órganos judiciales.

40. Pues bien, lo único real y cierto es que (A) las partes han pactado la aplicación de los principios generales del Derecho aplicables a los contratos comerciales internacionales (en adelante, “**principios generales**”). (B), la Convención de Viena no es aplicable y (C) sólo serán aplicables los Principios UNIDROIT en tanto reflejen verdaderos principios generales consolidados de Derecho comercial internacional. Finalmente, esta parte no discute la aplicabilidad de las normas imperativas como el Decreto Ministerial del Ministerio de Fomento e Infraestructuras de la República de Andina (en adelante, el “**Decreto Ministerial**”), sino la interpretación que de éste hace la Demandante para alegar el incumplimiento de VETUSTA (*Vid infra párr. 74 y ss.*).

A. EL CONTRATO CONSTITUYE LEY ENTRE LAS PARTES Y, EN LO QUE ÉSTE NO DISPONGA, SERÁN DE APLICACIÓN LOS PRINCIPIOS GENERALES

41. En el Derecho Internacional de la Construcción es común la práctica de regular las obligaciones y derechos de las partes en extensas Condiciones Generales. Con ello, se busca evitar la incertidumbre de la sumisión a legislaciones desconocidas, mediante la concreción del régimen jurídico en el contrato²⁶.
42. Puesto que todo contrato constituye ley *inter partes*, la primera fuente a la que ha de atender el Tribunal es el Contrato y sus Condiciones (que aquí se mencionan indistintamente como “**el Contrato**”). En efecto, así lo establece el art. 28.4 Ley Modelo. Asimismo, como quiera que este contenga una Cláusula de Ley aplicable, es necesario delimitar qué debe entenderse por ésta en lo que se refiere a normativa sustantiva. Pues bien, establece la Cláusula 51: “*Además de por la ley que resulte aplicable el presente contrato se regirá por los principios generales del Derecho aplicables a los contratos comerciales internacionales*”.
43. Ley aplicable será la normativa imperativa, esto es, aquella cuya aplicación no puede ser excluida por acuerdo de las partes. En nuestro caso, el Decreto Ministerial y el resto de normas de Derecho Público reguladoras de la actividad de construcción en Andina habrán de ser tomadas en consideración por ser normas imperativas del lugar de ejecución del Contrato²⁷.

B. LA CONVENCIÓN DE VIENA NO ES APLICABLE

44. La inaplicabilidad de la CCIM al Contrato es patente por dos razones: (i) una planta de fabricación de cemento no responde a la definición de mercadería, y (ii) la parte principal del Contrato consiste en la realización de obras y la prestación de servicios.

i. Una planta de fabricación de cemento no responde a la definición de mercadería

45. La CCIM se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías (art. 1.1 CCIM). A pesar de que la propia CCIM no define el concepto de “*mercaderías*”, tradicionalmente se ha entendido que son aquellos bienes que en el momento de la entrega son tangibles y móviles²⁸. El objeto del Contrato es la entrega de una planta de cemento con toda la maquinaria necesaria lista para su uso inmediato [*Sol. Arb. párr. 14*]. Por razones obvias, una fábrica completa no es un bien móvil²⁹ y, consecuentemente, no nos encontramos ante una compraventa regida por la CCIM.

ii. La parte principal del Contrato consiste en la realización de obras y la prestación de servicios

46. Con carácter general, la CCIM no se aplica a los contratos de construcción. El único caso que genera cierta duda es el de los contratos llave en mano o “*turnkey contracts*”. Sin embargo, aun

²⁶ JENKINS/ STEBBINGS

²⁷ HOCHSTRASSER, pp. 74-75; MAYER, p. 283, DERAIS, p. 254

²⁸ Caso *PVC and other synthetic materials* ; Caso *High fashion textiles*

²⁹ HONNOLD, párr. 56

cuando se considerara el presente contrato de tipo “llave en mano” (*Vid infra* párr. 52), la inmensa mayoría de la doctrina y jurisprudencia rechaza su aplicación³⁰.

47. El fundamento de esta exclusión se encuentra en el art. 3.2 CCIM que establece que la Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal consista en suministrar mano de obra u otros servicios. Tal es así que autorizada doctrina ha afirmado que el art. 3.2 CCIM se introdujo con el objeto de excluir este tipo de contratos de la Convención³¹.
48. Pues bien, en el presente caso, el test del art. 3.2 CCIM se cumple. En efecto, aunque estamos ante un contrato mixto, las obligaciones no relacionadas con la entrega de bienes, como el diseño del proyecto, el trabajo de ingeniería e instalación, constituyen la parte principal de las obligaciones contraídas por las partes³².

C. SÓLO SERÁN APLICABLES LOS ARTÍCULOS DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT QUE REFLEJEN VERDADEROS PRINCIPIOS GENERALES CONSOLIDADOS DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

49. Como bien afirma la Demandante [*Demanda*, párr. 43 y ss.] los Principios UNIDROIT pueden ser empleados como ley sustantiva cuando las partes establecen que se aplican los principios generales del derecho (*Preámbulo* UNIDROIT). En efecto, así lo ha reconocido la jurisprudencia arbitral cuando se usan expresiones tales como “*principios generales del derecho internacional*”, “*lex mercatoria*”, o “*principios de justicia*”³³.
50. En este sentido, esta parte no se opone a su aplicación siempre que se reconozca la preminencia del Contrato³⁴ y se exceptúen los preceptos que no pueden considerarse una práctica generalizada en el Derecho comercial internacional, como el ya mencionado art. 7.2.4 UNIDROIT³⁵.

SEGUNDA.- VETUSTA NO ESTABA OBLIGADA A EFECTUAR LAS CORRECCIONES. EN CUALQUIER CASO, NO DEBE ASUMIR EL SOBRECOSTE

51. La Demandante sostiene que el Contrato es de los denominados “llave en mano”, que el precio se determinó por un tanto alzado y que, a consecuencia de ello, mi representada está obligada a efectuar las correcciones a la obra por ser los problemas encontrados en el subsuelo previsibles, debiendo asumir así los sobrecostes.
52. A continuación se justificará que (A) el Contrato no es llave en mano *strictu sensu*, pues combina elementos propios de ese tipo de contratos y de los contratos de construcción tradicionales, (B) VETUSTA no estaba obligada a efectuar las correcciones, y que (C) en todo caso VETUSTA no debe asumir el sobrecoste.

A. EL CONTRATO NO ES PROPIAMENTE DE TIPO LLAVE EN MANO

53. La afirmación de la Demandante de que las partes “*celebraron expresamente un Contrato llave en mano*” [*Demanda*, párr. 59] es claramente insuficiente, por lo que debe ser matizada. El punto de partida es que las partes no calificaron el Contrato como de tipo llave en mano y, además, la voluntad de éstas manifestada en el Contrato permite descartar que pueda ser calificado sin más como un Contrato llave en mano.

³⁰ En este sentido, reconoce el Consejo Asesor de la Convención que la inclusión de los contratos llave en mano es muy controvertida (Opinión nº4, párr. 3.5) *Vid.*: HG Zürich, de 9 de julio de 2002, HONNOLD párr. 60.1

³¹ SCHLECHTRIEM, Art. 3, nº 8

³² BRUNNER, p. 194, MAGNUS, in *Studinger*, Art. 3CISG párr. 27, FERRARI, Art. 3(2)CISG

³³ Laudo de la Cámara de Industria de la Federación Rusa Nº 11/2002, Arbitraje ad hoc en Nueva York en diciembre de 1997 (en BONELL, *The Unidroit Principles in practise*, p. 465); CCI 9474/1998, CCI 9797/2000.

³⁴ Esta opción es conforme al art. 1.5 UNIDROIT. *Vid* Comentario al Art. 1.5 UNIDROIT

³⁵ *Vid.* nota 12. Otro ejemplo de Principio UNIDROIT que no cuenta con tal arraigo internacional es el art. 7.4.9 (CCI 7365/1997).

54. El contrato llave en mano es un contrato de obra por el que el contratista se obliga frente a un cliente a instalar y entregar una fábrica o planta industrial en condiciones de ser utilizada³⁶. Sin embargo, “desde el punto de vista jurídico, esta definición no aporta nada que permita distinguir al contrato llave en mano de los demás contratos de construcción, toda vez que en todos los contratos de construcción se persigue la entrega de una obra terminada que sirva al fin para el que ha sido proyectada”³⁷.
55. Son dos los motivos que llevan a esta parte a afirmar que no estamos ante un contrato llave en mano: **i)** el reparto de riesgos establecido en el Contrato no es el propio de un contrato tipo llave en mano; **ii)** el método de determinación de precio empleado tampoco lo es.

i. El reparto de riesgos del Contrato no es propio de un contrato llave en mano.

56. Una de las características fundamentales de los contratos de tipo llave en mano es la distribución de riesgos que se establece en ellos. En palabras de la Demandante: “son una modalidad bajo la cual la distribución de riesgos entre las partes es sustancialmente distinta a otro tipo de contratos de construcción” [Demanda, párr. 56]. Según la nota introductoria al *FIDIC Silver Book*, [Demanda, párr. 56, 57], en el contrato llave en mano se rompe el equilibrio en el reparto de riesgos que hay en los contratos tradicionales de construcción, pues implica una asunción de riesgos mucho mayores para el contratista. Ejemplo de ello es la Cláusula 14.2 del *FIDIC Silver Book* [Demanda, cit. 52], que impone al contratista los riesgos derivados de las dificultades imprevisibles que se pongan de manifiesto durante la ejecución del contrato.
57. Sin embargo, el reparto de riesgos pactado en el Contrato dista mucho del que se acuerda normalmente en un contrato de tipo llave en mano, adecuándose más al establecido en un contrato tradicional de construcción del *FIDIC Red Book*. En efecto, las partes pactaron en el Contrato que VETUSTA estaba obligada a efectuar a su costa las correcciones necesarias a la obra sólo si los problemas que las hubieran ocasionado se hubieran debido a su falta de diligencia (Cláusula 10.2 del Contrato). La voluntad inequívoca de las partes fue que VETUSTA sólo asumiera las que fueran imputables a su negligencia.
58. La pretensión de REGENTA ha sido en todo momento que mi representada efectúe las correcciones con fundamento en la supuesta previsibilidad de los problemas encontrados en el subsuelo [Acta de misión, Petítum, Párrs. 62, 65 y 68], lo que constituiría una falta de diligencia. Tal pretensión, como abajo se expondrá, carece de todo fundamento (pues los problemas encontrados en el subsuelo eran imprevisibles) pero refleja el reparto de riesgos pactado en el Contrato.
59. Por tanto, en base al principio de la autonomía de las partes, éstas diseñaron las obligaciones y repartieron los riesgos contractuales de la manera que creyeron conveniente, por lo que VETUSTA no debe responder de aquellos riesgos que excedan de los fijados contractualmente.

ii. No se pactó un precio cerrado o alzado.

60. A diferencia de lo que sostiene la Demandante, el precio no se fijó como precio alzado, sino que se optó por el sistema de precios unitarios. REGENTA se limita a alegar que como la mayoría de los contratos de tipo llave en mano son de precio alzado, éste también lo era, lo que carece del más mínimo fundamento.
61. Los contratantes optaron por un sistema de determinación del precio denominado “unitario”, que se encuentra a medio camino entre el sistema de precio alzado y el de costes reembolsables. El precio del proyecto se calcula por tareas, de acuerdo con una lista que recoge las cantidades de materiales que se utilizan en cada etapa y una breve descripción de los trabajos pactados a reali-

³⁶ REIG FABADO, p. 113

³⁷ SERRANO RODRÍGUEZ, p. 154

zar en cada una de ellas³⁸. En el presente caso, la obra se llevaría a cabo en tres fases, que tras ser comprobadas, irían seguidas de sus pagos correspondientes [*Sol. Arb. Párr. 16*].

62. Además, los actos posteriores de las partes a la firma del Contrato han puesto de manifiesto que no era un precio cerrado. Prueba de ello es la propuesta de modificación que mi representada remitió a la Demandante y que acompañó al correo electrónico como documento adjunto [*Doc. Sol. 4*]. En éste, VETUSTA expuso una estimación de la cantidad adicional de material a emplear, así como del incremento de horas de los jornaleros necesarios para acometer los cambios en el plazo estipulado [*Ord. Pro. 2, Acl. 12*], por lo que es razonable deducir que el precio contractual se pactó de la misma forma, esto es, por unidades de obra.
63. En conclusión, el reparto de riesgos y el sistema de determinación de precio pactado en el Contrato lo alejan de un contrato llave en mano *strictu sensu*, convirtiéndolo en uno que combina, gracias a la innegable autonomía de la voluntad, características propias de los llave en mano y de los contratos tradicionales de construcción.

B. VETUSTA NO ESTABA OBLIGADA A EFECTUAR LAS CORRECCIONES

64. Conforme a la Cláusula 22 del Contrato VETUSTA se comprometió en el Contrato a realizar unas obras concretas, no otras. En efecto, la redacción de esta Cláusula no admite duda: “*el Constructor se compromete a finalizar las obras descritas en el Anexo I*”. En dicho Anexo se concretaron los “*elementos y etapas incluidas en cada fase*”. Cualquier obra o trabajo no previsto en este listado no era objeto del Contrato y, por tanto, no era exigible a mi representada.
65. Cuando surgieran en el transcurso de la obra problemas técnicos de tal forma que la entidad de las modificaciones que fuera necesario acometer difirieran sustancialmente de las del proyecto inicial, debía tramitarse un contrato modificado con precios nuevos³⁹.
66. Los problemas detectados en el terreno suponían la imposibilidad de continuar la obra con los diseños y planificación iniciales. Siendo imposible llevar a cabo el contrato original, se hacía necesario llevar a efecto unos trabajos adicionales que no estaban previstos en el Anexo I. Por ello, mi mandante acudió al procedimiento de variación (Cláusula 12 del Contrato), por cuanto se tenía que modificar el contenido del proyecto inicial.
67. En consecuencia, las obras que la modificación del proyecto implicaba, sobrepasaban las pactadas en el Contrato (Anexo I) siendo éstas las únicas exigibles a mi representada.

C. EN TODO CASO, VETUSTA NO DEBE ASUMIR EL SOBRECOSTE

68. Aún en el caso de que VETUSTA estuviera obligada a efectuar las correcciones a la obra, no está obligada a asumir el incremento del coste. Tal y como será analizado posteriormente (*Vid. infra párr. 96*), VETUSTA cumplió escrupulosamente con el procedimiento de variación previsto en el Contrato, con lo que REGENTA debe satisfacer el precio pactado.
69. Si entendiéramos que ese procedimiento de variación no se ajustó al Contrato (*quod non*), mi representada no estaría obligada a asumir el incremento del coste, dado que sólo debía responder de los riesgos derivados de su falta de diligencia (Cláusula 10.2 del Contrato).
70. En cualquier caso, VETUSTA tendría derecho a percibir un sobreprecio, con independencia de que el precio fuera o no alzado (tal y como reconoce la mayoría de la doctrina⁴⁰), cuando éste se incrementa por sucesos que estuvieran fuera de su ámbito de control (cambios en los requerimientos legales, fuerza mayor o condiciones imprevisibles en el subsuelo, etc.)⁴¹.

³⁸ JEKINS/STEBBINGS, p. 19

³⁹ DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ, p.342; DÍAZ BARCO, p. 45

⁴⁰ SERRANO RODRÍGUEZ, p. 159

⁴¹ *Ibidem*, p. 159

71. En la práctica, se suelen incluir en el contrato cláusulas tales como las *variation clauses*, *hardship clauses* o cláusulas de fuerza mayor que permiten al contratista, en determinados casos, acudir a un procedimiento de variación para tratar de compensar su sobrecoste. Así sucede en nuestro caso, en el que las partes, libre y voluntariamente, introdujeron los términos de las Cláusulas 10.2 (defectos imprevisibles), 18.4 (riesgos del propietario) y 20.7 (fuerza mayor) del Contrato, que permiten a VETUSTA reclamar a REGENTA los sobrecostes inicialmente no previstos ni asumidos por mi representada.

TERCERA.- VETUSTA CUMPLIÓ DILIGENTEMENTE CON TODAS SUS OBLIGACIONES CON ARREGLO AL CONTRATO

72. La Demandada expone que VETUSTA no realizó el estudio geotécnico con la exhaustividad suficiente, pues no empleó todos los medios a su alcance ya que, de ser así, se habría detectado la corriente de agua subfreática de la que adolecía el terreno. Asimismo, la Demandante afirma que VETUSTA incumplió el Decreto Ministerial, pues considera que se daban los requisitos exigidos por el mismo, que hacían necesarias las técnicas geofísicas a la hora de realizar el estudio geotécnico y que VETUSTA no empleó.
73. Según la argumentación que se expondrá a continuación, estas afirmaciones no deben ser acogidas por este Tribunal. Explicaremos por qué considera esta parte que: (A) VETUSTA cumplió el Decreto Ministerial, (B) VETUSTA cumplió con su deber de diligencia y (C) la paralización de las obras por parte de VETUSTA no supone un incumplimiento del Contrato.

A. VETUSTA CUMPLIÓ CON LAS PRESCRIPCIONES DEL DECRETO MINISTERIAL

74. VETUSTA cumplió con el Decreto Ministerial ya que (i) el Decreto Ministerial no hacía obligatoria la utilización de las técnicas geofísicas que, según REGENTA, debió aplicar mi representada; y por qué, en cualquier caso, (ii) con el empleo de estas técnicas no se habría descubierto la corriente de agua subfreática.

i. El Decreto Ministerial no exigía la utilización de las técnicas geofísicas

75. Si atendemos al Decreto Ministerial nos encontramos con que las técnicas geofísicas sólo han de emplearse “cuando se trate de grandes superficies a construir y con el fin de obtener información complementaria que ayude a distribuir los puntos de reconocimiento, así como la profundidad a alcanzar en cada uno de ellos”. Estos requisitos son cumulativos por lo que, para que sea necesaria la aplicación de estas técnicas, deben cumplirse ambos requerimientos.
76. Aunque el primer requisito parece concurrir, no sucede lo mismo con el segundo. En efecto, a la vista de las circunstancias propias del terreno y su calificación como suelo B, las técnicas geofísicas no eran necesarias para establecer correctamente la distancia entre los puntos de reconocimiento y la profundidad de éstos. A este respecto, esta parte expondrá por qué considera que (a) el suelo era de tipo B y (b) el Decreto Ministerial no exigía el empleo de las técnicas geofísicas.

a) El suelo era de tipo B

77. Mi representada, a la vista de los estudios geotécnicos realizados sobre terrenos cercanos obtenidos del Ayuntamiento de Olías del Cuervo, determinó que el suelo sobre el que se iba a construir la planta era de tipo B. Para llegar a tal consideración, VETUSTA tuvo en cuenta que dos de los estudios calificaban el terreno como de categoría B (dificultad media), uno lo consideraba de tipo A (terrenos sin dificultades) y otro, realizado sobre un terreno kárstico situado a 1.200 metros, entendía que era de tipo C (dificultad especialmente elevada).
78. Dado el alto porcentaje de estudios geotécnicos que desechaban la existencia de una circunstancia excepcional en el terreno que motivase su calificación como suelo tipo C, mi representada no

dudó en considerar que el suelo era de tipo B. Además, el único estudio geotécnico que consideraba el suelo de tipo C, adolecía de una circunstancia excepcional, pues se llevaba a cabo exclusivamente en una porción de terreno kárstico, que no se ajustaba a la tipología de la del resto.

79. En cualquier caso, conviene destacar que ninguno de los estudios previos sobre los terrenos cercanos (ni siquiera el que calificaba el suelo como de tipo C) habían detectado la existencia de aguas subterráneas. Por ello, el carácter totalmente imprevisible de esta corriente de agua subfreática y la imposibilidad de su detección resultan concluyentes.

b) El empleo de las técnicas geofísicas no venía exigido por el Decreto Ministerial

80. Como constructor diligente, una vez acreditado que el suelo era de tipo B, mi representada aplicó las prescripciones técnicas previstas en el Decreto Ministerial, que establece la distancia y profundidad de los puntos de reconocimiento según cada tipo de terreno. Por ello, VETUSTA no necesitaba emplear, tal como de forma oportunista sostiene la Demandante, técnicas geofísicas para establecer estos puntos, pues el propio Decreto Ministerial ya los había fijado. Ninguna otra conducta sería por tanto exigible a mi representada.
81. Por otro lado, VETUSTA empleó una diligencia mayor de la debida, pues situó los puntos de reconocimiento a una cercanía mayor de lo que exigía el Decreto Ministerial, con el objetivo de realizar una prospección del terreno que satisficiera las necesidades de la Demandante. Así resulta de la documental obrante en el expediente arbitral [*Resp. Sol. n° 9*].

ii. Con el empleo de las técnicas geofísicas no se habría descubierto la corriente de agua subfreática

82. La tesis de la demandante no puede prosperar. Como expone la doctrina y el Decreto Ministerial [*Doc. Sol. n° 7*], los métodos geofísicos son medios complementarios de reconocimiento, no sustitutivos ni esenciales para su detección. Por ello, deben ser siempre contrastados los resultados de estas técnicas⁴² mediante las correspondientes prospecciones directas. Así lo hizo VETUSTA mediante los sondeos mecánicos.
83. Si el empleo de las técnicas geofísicas hubiera dado como resultado la existencia de una corriente de agua, esta circunstancia no habría sido ratificada por los medios principales de detección, (los sondeos mecánicos) y hubiera conducido a cualquier diligente constructor a su omisión en los trabajos de construcción.
84. La demandante omite interesadamente de su escrito asegurar que, de haberse empleado las técnicas geofísicas, la corriente de agua no se habría detectado. Y ello, porque las técnicas geofísicas disponen de importantes limitaciones. Así, por ejemplo, la técnica del georadar (que, en un principio, podría ser considerada útil) tiene limitaciones relacionadas con la profundidad de sus prospecciones⁴³ y los métodos geofísicos sísmicos tienen gran sensibilidad a ruidos y vibraciones y no es posible su utilización en periodos de lluvias. La existencia de limitaciones se extiende al resto de técnicas geofísicas, lo que pone aún más en entredicho la fiabilidad de estos métodos⁴⁴ y, sobre todo, que su empleo por mi mandante habría supuesto la detección segura de las corrientes de agua subterráneas.
85. Por ello, dado el carácter concluyente de los resultados de las prospecciones directas y la falta de certeza de las técnicas geofísicas, la actuación de VETUSTA ha sido a todas luces diligente.

B. VETUSTA CUMPLIÓ CON SU DEBER DE DILIGENCIA

⁴² GARCÍA HERMOSO, p. 17 y ESTEBAN CHAPAPRÍA, p. 275

⁴³ ORTÍZ/CRESPO p. 206

⁴⁴ VVAA. Cap. 9

86. La Demandante expone que VETUSTA es quien debe hacer frente al pago del coste adicional que la modificación del proyecto supuso en la economía del Contrato. Para ello, se basa en que, debido a su condición de experto constructor y al mayor precio que se ha pagado por sus servicios, VETUSTA tenía un grado de responsabilidad de tal magnitud que llegaba a incluir la subsanación de cualquier problema en la obra, así como hacer frente al coste que la aparición de éstos implicase *ex* Cláusula 10.2 del Contrato [Doc. Sol. n° 3].
87. Para emitir esta valoración, REGENTA no ha tenido en cuenta el contenido textual de la Cláusula en cuestión, pues no cabe duda de que la responsabilidad que asume VETUSTA se circunscribe exclusivamente a los defectos en el diseño, materiales, o trabajos no conformes con las obligaciones establecidas en el Contrato⁴⁵, ninguna otra.
88. VETUSTA no ha incumplido ninguna de las obligaciones contractuales pues la corriente de agua, como hemos argumentado, era totalmente imprevisible y su aparición no supuso la comisión de ningún incumplimiento contractual o negligente de mi representada (*vid.* Cláusula 10.2 del Contrato) que le hiciera tener que asumir el coste adicional del proyecto.
89. La Cláusula 10.2 del Contrato establece que, si alguno de los defectos no es debido a causas derivadas de las obligaciones contractuales, el constructor debe informar al propietario de su existencia para que se inicie el procedimiento de variación correspondiente. Este trámite ha sido cumplido por mi representada, por lo que su actitud ante este desafortunado descubrimiento ha sido en todo momento la correcta y exigible.
90. Para finalizar, no se puede pasar por alto el hecho de que si alguna parte ha incumplido su deber de diligencia, ésta fue REGENTA, dado que al operar en la zona sobre la que se iba a construir la planta, tenía un valioso conocimiento de las circunstancias del suelo y de los potenciales problemas que podían acaecer en la ejecución de la obra. Al no informar a mi representada, pudiendo hacerlo, cabe concluir que la Demandada ha incumplido con total claridad las exigencias propias de la buena fe contractual y lealtad negocial consagradas en el art. 1.7 UNIDROIT⁴⁶ y su innegable deber de información⁴⁷.

C. LA PARALIZACIÓN DE LAS OBRAS POR PARTE DE VETUSTA NO SUPUSO UN INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

91. Los principios UNIDROIT han consagrado el principio de la reciprocidad de las prestaciones reconocido desde la antigüedad bajo la *exceptio non adimpleti contractus*. Este principio reconocido actualmente en su núm.7.3.4, permite que una de las partes no cumpla con sus obligaciones cuando llega el momento en que la obligación es exigible y la otra parte no ha cumplido con las suyas⁴⁸. Además, cuenta con un dilatado soporte doctrinal y jurisprudencial, destacando el caso *Landgericht Stendal*, el cual expone que “*el aplazamiento del cumplimiento de las obligaciones no es un incumplimiento, sino el ejercicio de un derecho unilateral a cambiar el momento del cumplimiento* [cuando una de las partes no haya cumplido sus obligaciones contractuales]”.
92. Con base a este principio, hasta que REGENTA no ejecute la obligación que le corresponde (asumir el sobrecoste de la variación del proyecto de obra previsto en el Anexo I remitido por VETUSTA) u otorgue garantía suficiente de que va a proceder a ello, VETUSTA puede diferir el plazo del cumplimiento de la prestación que a ella le incumbe. En concreto, se establecen dos requisitos para que pueda una parte aplicar esta excepción: que tenga lugar después de la celebración del contrato y que resulte razonable pensar que la otra parte no cumplirá con una parte

⁴⁵ UNOPS, p. 7

⁴⁶ DOMINGO. p. 17 y PERALES VISCASILLAS, p 24

⁴⁷ BAKER/MALLORS/CHALMERS p. 38

⁴⁸ GALINDO GARFIAS. p. 68

sustancial de sus obligaciones. No cabe duda de que mi representada ha ejercitado esta excepción una vez suscrito el Contrato y que la falta de pago constituye una parte sustancial del Contrato.

93. Esta misma idea contenida en los principios UNIDROIT ha sido reiterada en otros cuerpos legales internacionales (como, por ejemplo, el Código Civil italiano⁴⁹, el Código Civil argentino⁵⁰ o en la jurisprudencia del sistema civil continental⁵¹). En todos ellos se consagra este principio de reciprocidad de las prestaciones y la excepción de contrato no cumplido como un instrumento de auto-defensa creado para preservar los intereses de la parte débil de un contrato y capaz de salvaguardar la ejecución del contrato por las dos partes, para que una de ellas no sea perjudicada de manera excesiva⁵².
94. En este mismo sentido es importante destacar la tendencia unificadora del Derecho europeo, que se ha materializado en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁵³ (Principios LANDO). Éstos (de los que destaca su núm. 9:201) reconocen además la existencia de la excepción de incumplimiento, o en los términos allí establecidos, la excepción de inejecución. De igual modo, este razonamiento no cambiaría en el caso de que la Convención de Viena se considerase aplicable, pues el art. 71 CCIM recoge asimismo este principio.
95. En conclusión, VETUSTA actuó conforme a Derecho cuando paralizó la ejecución de las obras, pues así se lo permitía la normativa por cuanto no había constancia fehaciente de que la contraparte iba a cumplir con sus obligaciones, como sucede en este caso con la obligación del pago del precio de la obra.

CUARTA.- VETUSTA CUMPLIÓ CON EL PROCEDIMIENTO DE VARIACIÓN PREVISTO EN EL CONTRATO

96. Según la Demandante, VETUSTA se limitó a notificar una serie de cambios en el proyecto sin acudir al procedimiento de variación previsto en la Cláusula 12.3 del Contrato y sin cumplir los requisitos de la Cláusula 12.2 que lo habilita. Por tanto, sostiene que es mi representada la que debe asumir el sobrecoste.
97. Frente a ello, demostraremos que: (A) VETUSTA actuó conforme al Contrato al introducir las variaciones; (B) la comunicación de VETUSTA no pudo entenderse como una simple notificación, pues era claramente una propuesta de variación; y (C) el comportamiento de REGENTA fue contrario a las exigencias de la buena fe contractual.

A . VETUSTA ACTUÓ CONFORME AL CONTRATO AL INTRODUCIR LAS VARIACIONES

98. El procedimiento de variación se encuentra regulado en la Cláusula 12.3 del Contrato. Los presupuestos que habilitan la aplicación de este procedimiento están contenidos en las Cláusulas 10.2 y 12.2 de éste. Sin embargo, la Demandante cae en el error de contemplar únicamente una de estas dos Cláusulas, la 12.2, lo que le conduce equivocadamente a sostener que VETUSTA no activó debidamente el procedimiento de variación.
99. Según la Cláusula 10.2 del Contrato, cuando un defecto no es atribuible al Constructor, éste deberá notificarlo al propietario de acuerdo con el procedimiento de variación. Precisamente,

⁴⁹ Artículo 1461: “la suspensión del cumplimiento de las obligaciones de una de las partes se funda en el cambio de las circunstancias particulares del otro contratista, que pone en evidente peligro la satisfacción de la prestación”

⁵⁰ Artículo 1201: “en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo (...)”

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo 10 Ene. y de 9 Jul. 1991, 3 Dic. 1992, 15 Nov. 1993, 21 Mar. 1994, 8 Jun. (dos resoluciones) y 29 Oct. 1996 y 22 Oct. 1997.

⁵² BENEDETTI, p. 264

⁵³ MARTÍN CASALS. pp. 1, 12

esto fue lo que hizo VETUSTA al encontrarse con las dificultades imprevisibles del subsuelo, ajustándose escrupulosamente a lo estipulado en el Contrato.

100. Por otro lado, también se cumplieron, a diferencia de lo que sostiene VETUSTA, los requisitos de la Cláusula 12.2 que habilitan al constructor para proponer variaciones. Éstos son, que tales variaciones: “i) sirvan para acelerar la completitud de la obra; ii) mejorar la eficiencia o el valor de los trabajos; o iii) redunden en cualquier forma en beneficio del Propietario”. En este caso, los cambios “*redundaban en mejoras respecto del proyecto inicial y, en definitiva, en la vida útil de la planta*” [Resp. Sol. Párr. 11]. Incluso el Ingeniero, el cual se descubrió como representante de REGENTA, admitió que las mejoras “*redundan en beneficio de la obra*” [Doc. Sol. n° 11]. Por tanto, independientemente de qué cláusula se utilice, el comportamiento de mi mandante se ajustó a las previsiones contractuales.
101. Además, la Demandante sostiene que VETUSTA no cumplió con lo dispuesto en la Cláusula 12.3 del Contrato que regula el procedimiento de variación, por no haber presentado los documentos exigidos en ella. Sin embargo, en dicha Cláusula no se hace referencia alguna a la presentación formal de unos documentos concretos. Lejos de ello, sus exigencias se centran que el constructor en tiempo razonable elabore una adecuada propuesta sobre la variación del proyecto, la modificación de la ejecución que esto supone y la mención a los nuevos costes.
102. VETUSTA cumplió indudablemente con tales exigencias, al poner en conocimiento de la propietaria la necesidad de introducir cambios de gran calado, incluir una propuesta de nuevo proyecto y hacer mención expresa a los costos adicionales que estos cambios suponían [Doc. Sol. n°4]. El Ingeniero también admitió que la propuesta de alteración de diseños y planos realizada por VETUSTA era razonable y que el monto de gastos y costes adicionales era ciertamente correlativo con tales cambios [Doc. Sol. n°11].

B . LA COMUNICACIÓN DE LA NECESIDAD DE HACER CAMBIOS SÓLO PUDO INTERPRETARSE COMO UNA PROPUESTA DE VARIACIÓN

103. El contexto concreto de las comunicaciones entre las partes hace que el correo electrónico en el que VETUSTA comunica el inicio del procedimiento de variación sólo pueda interpretarse como tal. En ningún caso puede entenderse como una simple notificación de los cambios, tal y como sostiene la Demandante [Demanda párr. 93].
104. En tal correo electrónico [Doc. Sol. n°4] VETUSTA dejó claro hasta en dos ocasiones la necesidad de que el nuevo proyecto fuese aceptado para poder continuar la obra con las variaciones: “*Cambios que deberán aceptarse a la mayor brevedad para evitar cualquier posible retraso*” “*Necesitamos eso sí, con urgencia, su visto bueno, que esperamos recibir a la mayor brevedad*”. En todo momento se indicó la trascendencia de los cambios al referirse a ellos como: “*de gran calado*”, “*cuestión de extrema urgencia*” y “*que alteran en profundidad el proyecto inicial*”.
105. Una simple notificación no habría requerido la necesidad de ser aceptada, como VETUSTA solicitó expresamente, pues bastaría con comunicarla adecuadamente para entenderse realizada por cuanto se agota cuando el mensaje pasa del emisor al receptor. Por el contrario, la propuesta de variación requiere de una aceptación por parte del receptor de la comunicación, tal como prevé la cláusula 12.3 del Contrato: “*El Propietario deberá en tiempo razonable dar debida respuesta, ya sea aceptando, rechazando o realizando los comentarios que considere oportunos*”.
106. A mayor abundamiento, en la propuesta del nuevo proyecto se incluía una estimación de los nuevos costes, como se ha expuesto [Ord. Pro. n°2 Acl. n°12]. El simple hecho de que la propuesta de los nuevos costes no fuera detallada, no significa que este requisito no se cumpliera, pues cuando la complejidad de las variaciones a realizar es considerable, no es siempre posible

determinar los nuevos costes de un modo preciso⁵⁴. VETUSTA hizo una estimación lo más diligente posible de los costos adicionales.

107. Resulta sorprendente que REGENTA invoque el art. 4.2 UNIDROIT (idéntico al 8.2 CCIM) para justificar la errónea e incomprensible interpretación que dio a las comunicaciones recibidas por VETUSTA, por cuanto resulta contrario a sus intereses. Dicho precepto establece que: “*las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte*”. Las pruebas anteriormente expuestas resultan determinantes para afirmar que cualquier persona razonable habría entendido que esa comunicación inició el proceso de variación del Contrato.

C . EL COMPORTAMIENTO DE REGENTA FUE CONTRARIO A LA BUENA FE CONTRACTUAL

108. Resulta significativo, por las consecuencias que se extraen de ello que REGENTA no hiciera alusión alguna, ni en su contestación al correo electrónico [*Doc. Sol. n°5*], ni en las posteriores comunicaciones, a una cuestión tan crucial y decisiva como era la de la asunción de costes.
109. Ello no sólo demuestra una actuación poco diligente por parte de la Demandante, sino que hace que el hecho de que REGENTA trate de imputar ahora a VETUSTA los costes de esta variación constituya un comportamiento que va en contra de sus propios actos⁵⁵ *ex* artículo 1.8 UNIDROIT (*Venire contra factum proprium*).
110. El descrito comportamiento de REGENTA pudo tener la finalidad de generar una situación confusa respecto a su posición en lo que a los costes de la variación respecta, con vista a poder esgrimir esta omisión a su favor, como está haciendo, y garantizarse que la obra continuase sin necesidad de asumir el sobrecoste. Ello sería contrario a las exigencias de la buena fe contractual⁵⁶, consagrada en el art. 1.7 UNIDROIT. En todo caso, todo parece indicar que la conducta de la Demandante tiene por finalidad el tratar de eximirse de su falta de diligencia cuando no se opuso, en su momento, a la solicitud de variación del Contrato.
111. Por todo ello, debe concluirse que REGENTA aceptó la variación del proyecto, y por ende, está vinculada a satisfacer el incremento del precio correspondiente.

QUINTA.- LA EXISTENCIA DE EXCESIVA ONEROSIDAD DEBE CONDUCIR A LA DESESTIMACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDANTE

112. En el hipotético caso de que no se aceptase que VETUSTA articuló debidamente el procedimiento de variación y que las dificultades encontradas en el subsuelo eran imprevisibles de tal forma que le quedó vedada la posibilidad de recibir un sobreprecio (*quod non*), VETUSTA tampoco tendría que asumir el sobrecoste porque ello vulneraría la doctrina de la excesiva onerosidad.
113. De acuerdo con el art. 6.2.2 UNIDROIT, por excesiva onerosidad debe entenderse la alteración sustancial del equilibrio del contrato por el acontecimiento de eventos que i) “*acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato*”; ii) “*no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato*”; iii) “*escapan al control de la parte en desventaja*”; iv) “*el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja*”. En la práctica, una alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones puede manifestarse por un aumento sustancial del costo de la prestación para una parte, quien por lo general debe cumplir una obligación no dineraria⁵⁷.

⁵⁴ ROJAS TAMAYO, p. 17

⁵⁵ VEYTIA/GARRO, p. 22

⁵⁶ KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, p. 141

⁵⁷ DOMINGO, p.191

114. En el presente supuesto se cumplen todos los requisitos anteriormente expuestos para apreciar “*hardship*” por cuanto: (i) los eventos acontecieron de manera posterior a la celebración del contrato (una vez iniciadas las obras); (ii) VETUSTA no pudo haber previsto la aparición de tales eventos (*Vid. Supra* 72); (iii) estos eventos escapaban al control de VETUSTA; y (iv) VETUSTA en ningún momento asumió el riesgo de tales eventos, tal y como se desprende del tenor de la Cláusula 10.2 del Contrato.
115. La aparición de las aguas subfreáticas supuso la necesidad de acometer importantes cambios en el proyecto inicial, que conllevaron un elevado sobrecoste. Buena prueba de ello es que se materializaron en un aumento del 30% respecto del precio total del Contrato y hasta el 60% del precio fijado para la primera fase. Que VETUSTA tuviera que hacer frente a estos costes supondría, claramente, un desequilibrio fundamental de las prestaciones.
116. Resulta desorbitado afirmar que VETUSTA tiene la obligación de sufragar el sobrecoste, pues se ajusta perfectamente a cada uno de los requisitos exigidos para poder apreciar “*hardship*” por lo que ha de rechazarse la pretensión de REGENTA de que sea VETUSTA la que asuma los costes adicionales para llevar a cabo obras no previstas en Contrato.
117. En todo caso, no puede obligarse a VETUSTA a finalizar a su costa las obras conforme al nuevo proyecto ya que, como mínimo, este supuesto se situaría al amparo del art. 7.2.2 UNIDROIT. De acuerdo con este artículo “*Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: [...] b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa*”. Por ello, no puede obligarse a VETUSTA a cumplir con tal obligación, pues entraría dentro del concepto de “excesivamente gravosa”. Según la doctrina mayoritaria sí, como consecuencia de un cambio drástico en las circunstancias, el cumplimiento se ha convertido en muy gravoso, sería contrario al principio de buena fe y lealtad negocial mantener a la otra parte en su obligación. Las exigencias que impone este artículo son menos estrictas que aquellas fijadas en el artículo 6.2.2 UNIDROIT para entender que existe excesiva onerosidad⁵⁸.

SEXTA.- LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LAS MANIFESTACIONES DE LA POBLACIÓN Y DE LA HUELGA DE LOS TRABAJADORES DEBEN SER ASUMIDAS POR REGENTA

118. REGENTA alega que los sobrecostes derivados de las manifestaciones de la población local y la huelga de los trabajadores deben ser asumidos exclusivamente por mi representada, por ser el Contrato de tipo llave en mano y de precio alzado [*Demanda, Párr. 99*]. Ello, como se ha expuesto anteriormente [*Vid. supra. párr. 52*], no es cierto, pues quedó justificado que no nos encontramos ante un contrato llave en mano *strictu sensu* y que las partes no pactaron un sistema de precio alzado. Por ello los costes derivados de los hechos que a continuación se describen no están incluidos en el precio fijado en el Contrato.
 119. Por el contrario, tales acontecimientos fueron causa directa de la falta de diligencia de la Demandante y pudieron ser evitados. En esta sede se demostrará que (A) las manifestaciones de los nativos Naxicali y la consiguiente huelga de los trabajadores de VETUSTA son imputables a REGENTA, por lo que es esta última quien tiene que asumir cualquier sobrecoste; y (B) la notificación de dichos hechos se realizó conforme a lo estipulado por las partes.
- A. REGENTA DEBE ASUMIR EL SOBRECOSTE CAUSADO POR LAS MANIFESTACIONES Y HUELGA DE LOS TRABAJADORES**
120. VETUSTA no puede ser responsable de unos hechos provocados por REGENTA, puesto que ello supondría una falta de igualdad y seguridad jurídica en el Contrato. A continuación, expon-

⁵⁸ SCHNEIDER/ KNOLL, p. 77

dremos por qué considera esta parte que los sobrecostos deben ser asumidos por REGENTA dado que (i) los daños fueron causados por actos directos de la Demandante, y (ii) la demandada actuó en todo momento bajo la diligencia debida.

i. Las manifestaciones sociales y la huelga de los trabajadores son causa directa del incumplimiento contractual de REGENTA

121. Las manifestaciones que surgieron en Andina así como la huelga de los trabajadores, fueron causadas por el personal de REGENTA y no por el de mi representada.
122. Ya al inicio de las obras existía un importante malestar en la población autóctona, que era reticente a la construcción de la planta de cemento objeto del Contrato. Sin embargo, el detonante de todos los acontecimientos fue la desafortunada, irrespetuosa e improcedente declaración pública de la representante de REGENTA, Dña. Ana Ozores en el periódico “*La Audiencia*” el 12 de Agosto del 2011. La Sra. Ozores se refirió a los seguidores de la cultura Naxicali como unos: “[...] *exaltados con demasiado tiempo libre [...] iluminados, fanáticos, religiosos, y papanatas descerebrados*” contra los que, “*sólo cabe la intervención de fuerza y cuerpos de seguridad*” [Doc. Sol. n°5]. Para agravar aún más la situación, estas mismas palabras fueron reiteradas posteriormente en otras entrevistas públicas, ruedas de prensa locales y regionales [Ord. Pro. n°2. Acl. 19], todo lo cual supuso “*echar más madera a un ya de por sí gran fuego*”.
123. Ello demuestra una falta grave de diligencia y profesionalidad del personal de REGENTA. En consecuencia, cualquier perjuicio económico que sufriera VETUSTA en la ejecución del Contrato debe ser asumido exclusivamente por la autora y responsable de tales hechos, que no es otra más que REGENTA.
124. La violencia que se desencadenó a continuación llegó a tal extremo que los trabajadores de VETUSTA fueron permanentemente intimidados por la población local y extorsionados para dejar de cumplir con su trabajo diario. Ante el riesgo personal que asumían al acudir y desarrollar su trabajo, convocaron una huelga y solicitaron un aumento salarial que lo compensara [Doc. Resp. Sol. Párr. 21]. Ante las constantes presiones por parte de REGENTA para que mi representada continuara la ejecución de la obra, VETUSTA accedió a esa petición y decidió incrementar el salario de los empleados.
125. A este respecto, la doctrina mayoritaria entiende que la relación contractual no consiste sólo en las exigencias previstas en los contratos sino que, conforme al principio de buena fe⁵⁹, origina deberes inherentes al mismo entre los que destaca la ejecución de la prestación contractual del modo que resulte lo más ventajoso para ambos. El incumplimiento de esta obligación constituye un comportamiento ilegítimo que llevaría aparejada la necesidad de resarcir los sobrecostos causados⁶⁰. Esto mismo se contempla en los arts. 5.3.3 y 5.3.4⁶¹ UNIDROIT, que disponen que una parte del contrato no puede actuar de tal manera que perjudique a la otra parte.
126. El deber de cooperación que REGENTA debía haber ofrecido a VETUSTA no es sólo una obligación, sino que la doctrina defiende que es además una carga para el acreedor⁶². Este deber se materializa en: “a) no agravar la posición del deudor, b) no obstaculizar o impedir el cum-

⁵⁹ JALUZOT. pp. 513 y ss.

⁶⁰ PALMA pp. 42 y ss.

⁶¹ “Si el cumplimiento de una condición de impedido por una parte, en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición”/“Antes del cumplimiento de la condición, una parte no puede, en violación del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que la condición se cumpliera”.

⁶² ROCA. p. 119/ LAMARCA Pp 56.

plimiento y c) cooperar al cumplimiento concurriendo positivamente a las actividades de pago del deudor”⁶³. Ninguno de estos deberes fue cumplido por REGENTA.

127. Por otro lado, los principios plasmados en el *FIDIC Red Book* establecen que en caso de que una interferencia del propietario provoque daños o perjuicios al constructor, éstos se considerarán riesgos que el primero está obligado a asumir ⁶⁴.
128. Cabe concluir afirmando que REGENTA es quien debe responder por la injerencia en la ejecución del Contrato que supusieron las declaraciones de la Sra. Ozores⁶⁵.

ii. VETUSTA actuó en todo momento bajo la diligencia debida

129. A diferencia de lo sostenido por la Demandante, VETUSTA ha actuado de forma diligente y con arreglo a los más altos estándares profesionales del sector.
130. La doctrina mayoritaria requiere que VETUSTA realice los esfuerzos necesarios para vencer los obstáculos que se detecten en la ejecución del Contrato, lo cual llevó a cabo mi mandante con la máxima diligencia. En efecto, para proteger el desarrollo de la obra ante las reiteradas manifestaciones de la población local, mi mandante incrementó las medidas de seguridad en la construcción [Doc. Resp. Sol. Párr. 21].
131. Sin embargo, a pesar de haberlo intentado por todas las vías disponibles a su alcance, VETUSTA no pudo evitar que sus trabajadores convocaran una huelga y aprovecharan la situación para reclamar una mayor compensación económica. Para poner fin a esta incómoda situación, VETUSTA accedió a incrementar el sueldo de éstos y, de este modo, asegurar la continuidad de las obras y su finalización en el tiempo pactado en el Contrato [Doc. Resp. Sol. Párr. 21]. Por cuanto esta circunstancia fue consecuencia de la inadecuada actuación de REGENTA, este sobre coste debe ser asumido totalmente por la Demandada [Doc. Resp. Sol. Párr. 21], y no por mi mandante.

B. LA NOTIFICACIÓN DE LOS HECHOS POR PARTE DE VETUSTA SE REALIZÓ CONFORME A LO ESTIPULADO POR LAS PARTES

132. La Demandante sostiene que la notificación de VETUSTA por la que ésta puso en su conocimiento las consecuencias económicas que la manifestación de la población y la huelga acarrearían, no se hizo conforme a lo pactado en el Contrato pues debió haberlo notificado a REGENTA y no al Ingeniero [Demanda, Párr. 115 y ss.].
133. Frente a ello, esta parte sostiene que la notificación fue plenamente ajustada a Derecho, ya que (i) se llevó a cabo conforme a lo establecido en el Contrato y en el *FIDIC Red Book* y (ii) las notificaciones realizadas al Ingeniero designado por REGENTA equivalen a una notificación directa a la propietaria, puesto que aquél es su representante en la obra.

i. La notificación de VETUSTA fue plenamente ajustada a derecho

134. La Cláusula 18.4 del Contrato, que recoge los riesgos del propietario, establece que, en caso de concurrir alguno de ellos, “la parte afectada deberá ponerlo en conocimiento de la otra parte”.
135. Por otro lado, la Cláusula 20 del *FIDIC Red Book* ⁶⁶ señala que el contratista debe notificar la concurrencia de tales circunstancias al Ingeniero en el plazo de 28 días, con el fin de que éste pueda comprobarlo. Además, en el plazo de los 42 días siguientes al acontecimiento, se deben notificar al propietario las cantidades que son objeto de reclamación.
136. Pues bien, en este caso, VETUSTA cumplió con el régimen contractual exigible. Así, mi representada notificó estos hechos al ingeniero el día 5 de septiembre del 2011 [Doc. Sol. n° 6],

⁶³ LILIAN p 290/ CABANILLAS. p. 72

⁶⁴ REIG p. 424

⁶⁵ RODRÍGUEZ. p. 201

⁶⁶ *FIDIC Red Book*, cláusula 20, pp 63.

es decir, dentro del plazo de 28 días desde que se tuvo conocimiento de las circunstancias. Posteriormente, VETUSTA informó a REGENTA el 24 de Octubre de 2011, detallando la reclamación del 8% que correspondía a costes incurridos por las paralizaciones y el aumento de sueldos, cumpliéndose así el plazo de 42 días contractualmente exigido. [Doc. Sol. n° 14],

137. Por tanto, VETUSTA ha cumplido en todo momento con sus obligaciones contractuales, siendo REGENTA quien debe abonar el perjuicio económico que supusieron las manifestaciones de la población y el incremento salarial acordado para desconvocar la huelga de los trabajadores.

ii. La notificación al ingeniero como representante de REGENTA fue ajustada a derecho

138. El Ingeniero debe llevar a cabo un largo número de funciones en la obra tales como su supervisión técnica, certificación y administración del contrato⁶⁷ y, a los efectos que aquí interesan, la representación de la propiedad. Estos cometidos del Ingeniero, con independencia de que las partes contractualmente pudieran asignarle funciones prearbitrales de solución de conflictos [Vid. *Infra. 146*]⁶⁸, se mantuvieron incólumes en el presente caso.
139. Por ello, al no ser controvertido el hecho de que VETUSTA notificó al Ingeniero el aumento en el precio del proyecto derivado de las manifestaciones y huelgas, debe entenderse que estas circunstancias le fueron debidamente comunicadas a REGENTA.
140. En cualquier caso, se debe traer a colación que el Ingeniero tenía la obligación de informar a REGENTA de la notificación recibida de mi mandante. Si el Ingeniero no cumpliera con este deber de información, la Demandante debería exigirle responsabilidad pero no oponerse a la existencia, validez y procedencia de la notificación realizada por mi mandante. Ésta sería la conducta exigible por la buena fe contractual, la lealtad de las partes y la confianza legítima.
141. En conclusión, REGENTA debe asumir los sobrecostes causados por las manifestaciones de la población así como por la huelga de los trabajadores. Mi mandante ha cumplido con todos los presupuestos y requisitos necesarios para que su reclamación sea estimada.

SÉPTIMA.- EL PROCEDIMIENTO PREARBITRAL NO FUE CONFORME A DERECHO

142. Como consecuencia de la falta de independencia e imparcialidad a lo largo de la fase prearbitral de doble instancia, en la que primero conocía el Ingeniero (A) y luego el CAD (B); se incumplieron tanto el Contrato como las normas de Derecho Internacional al respecto. Las decisiones recaídas son nulas y por ello, VETUSTA no tiene ni tenía la obligación de cumplirlas⁶⁹.

A. LA DECISIÓN DEL INGENIERO FUE PARCIAL, DEPENDIENTE Y NO AJUSTADA A DERECHO

143. La Cláusula 5.1 del Contrato establece que el Ingeniero desempeñará la labor de resolución de disputas y que éste debe ser independiente e imparcial. Sin embargo, el Ingeniero no ha cumplido con este último requerimiento debido (1) a la ocultación de que éste había sido Director de Obra para REGENTA y que, como consecuencia, (2) se había descubierto que el Ingeniero actuaba como representante de éstos.
144. Para empezar, el Sr. Quintanar había sido el Ingeniero y Director de Obra encargado de la otra planta de cemento portland que posee la demandante. REGENTA, no puede alegar que es prácti-

⁶⁷ REIG, p 532: “la responsabilidad del ingeniero frente al cliente está reconocido ampliamente en la jurisprudencia inglesa Vid. *Caso Whitehouse v. Jordan (1981)* y *Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957)*”

⁶⁸ REIG, p 508

⁶⁹ DIEZ-PICAZO/GULLÓN p. 104: “en los contratos nulos de pleno derecho (...) el vicio va ínsito. De ahí que las partes puedan actuar como si éste no existiera, como si estuviesen en la misma situación preexistente a su celebración.”; p. 109: “los contratos anulables (...) se tendrán por no existentes ab initio si la nulidad se declara judicialmente”.

ca generaliza que el Ingeniero sea empleado y remunerado por el empleador y que aun así la doctrina lo sigue considerando imparcial. Sin embargo, esto no es así, pues la doctrina más moderna y mayoritaria admite que tales circunstancias provocan que la decisión se considere parcial⁷⁰.

145. El Ingeniero elegido de manera unilateral por REGENTA no es independiente puesto que tanto REGENTA como el propio Ingeniero ocultaron el hecho de que éste último había sido (1) Ingeniero y Director de Obra para REGENTA [*Resp. Sol. Arb. Párr. 14 y Ord. Pro. n° 2 Acl. 13*]. Esta ocultación conlleva dos consecuencias: la primera, que VETUSTA aprobase el nombramiento del Ingeniero debido a tal desconocimiento y segundo, la mala fe de REGENTA por ocultar tal información (art. 1.7 UNIDROIT). Además, el hecho de que el Ingeniero hubiera actuado como Director de Obra para REGENTA significa que éste no sólo la había asesorado sino que fue su representante en la obra⁷¹. La existencia de una relación demasiado estrecha entre una parte y un miembro del órgano decisor pone en tela de juicio su independencia⁷² que, como vemos, es lo que ocurre en el presente caso entre el Ingeniero y REGENTA.
146. Como consecuencia de todo lo anterior, (2) el Ingeniero resultó ser, en realidad, el representante de REGENTA en el presente caso tal y como ocurre habitualmente en la práctica⁷³ y por ende, desobedeció su deber de independencia acordado en el Contrato (Cláusula 5.1). Evidentemente el hecho de que el Ingeniero sea el representante del empleador supone su total falta de independencia a la hora de dictar una decisión imparcial, según la mejor doctrina relativa al Ingeniero⁷⁴ y aplicando por analogía los parámetros de independencia de los árbitros⁷⁵.
147. Por último, carece de todo sentido que la Demandante sostuviese que VETUSTA impugnó la independencia del Ingeniero con la finalidad de anular su decisión a toda costa, puesto que de ser así, VETUSTA no habría propuesto la impugnación de falta de independencia antes de recaer la decisión sino con posterioridad.

B. LA ACTUACIÓN DEL CAD TAMPOCO FUE CONFORME A DERECHO

148. La actuación del CAD no fue conforme a derecho porque (i) los miembros del CAD no fueron independientes, y como consecuencia de ello, (ii) la actuación de éstos a lo largo del proceso fue sesgada y totalmente parcial llegando incluso (iii) a extralimitarse respecto de lo pedido.

i. Dos de los miembros del CAD no fueron independientes

149. Las normas internacionales⁷⁶ y la doctrina⁷⁷, en concreto, el *Red Book* de FIDIC, en su Cláusula 3 del Apéndice estipula que los miembros de éste deben ser independientes e imparciales y además, establece un mandato de revelar cualquier circunstancia que pueda provocar una apariencia de parcialidad en el árbitro. Según la jurisprudencia internacional⁷⁸ y la doctrina mayoritaria⁷⁹ arbitral (que utilizamos aquí por analogía), el *apparent bias* se demuestra cuando hay, simple-

⁷⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ p. 241-243; JAYALATH p. 3; Caso *Brennan & Hollingsworth v City of Hamilton*

⁷¹ BUTLOW p.20; art. 2.5.1 del Código de Ética: “Es misión del profesional convertirse en asesor y guardián de los intereses de su cliente”

⁷² CRAIG/PARK/PAULSSON párr. 12.04, p. 212: “La falta de independencia se caracteriza por la existencia de lazos materiales e intelectuales.”

⁷³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ p. 6, POWELL-SMITH/REDMOND/STEPHENSON p. 11

⁷⁴ GOUDSMIT pp. 28 y ss; REIG FABADO p.533; JAYALATH p. 4; ODIGIE p. 2 y 3; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ p. 7; MARSTON p. 7: “Como consecuencia de la falta de independencia derivada de esta labor de representación, FIDIC ha decidido que las decisiones del Ingeniero deban ser sometidas a la revisión del CAD.”

⁷⁵ 2.3.1 *Waivable List* de los IBA Guidelines, Decision of January 1988, Caso *Société des Equipements Industriels Stolz SA v. Ets. Letierce et autre* (Paris)

⁷⁶ FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN párr. 1.022; art. 12.1 de la Ley Modelo UNICITRAL

⁷⁷ CHERN p. 220

⁷⁸ Caso *R. v Sussex Justices*

⁷⁹ ROSS p.254

mente, una observación de una razonable percepción de parcialidad⁸⁰, según el “*reasonable third person test*”⁸¹, en el árbitro, sin necesidad de llegar nunca a probar el peligro real de parcialidad.

150. Además, el contenido de la declaración debe ser lo suficientemente preciso como para que las partes estimen a través de su particular punto de vista si éste puede servir de base para la descalificación del árbitro⁸². Desoyendo tal doctrina, el Sr. Ronzal hizo vagas alusiones a ciertas circunstancias que debía haber revelado.
151. El Sr. Ronzal es parcial y dependiente de REGENTA porque no comunicó que desde 2006 actuaba como “*consultor (of counsel) para la firma Rianzares Páez y Carraspique y que como consecuencia se había implicado en el presente proyecto para REGENTA*” [Resp. Sol. párr. 17]; sino que se limitó a constatar que había colaborado ocasionalmente con dicha firma, y lo que es más grave, mintió al asegurar que el contexto era absolutamente ajeno al presente conflicto [Doc. Resp. Sol n° 3 párr. 4].
152. Por ello, el hecho de haber estado implicado en el proyecto que se discute en el presente caso y no haber revelado tal información invalida su actuación en el CAD tal y como se desprende de la literalidad del 2.1.2 de la *Waivable List* de las *IBA Guidelines* y de la jurisprudencia⁸³. Además, como consecuencia del contacto con REGENTA, el Sr. Ronzal tuvo acceso a información exclusiva y previa a la disputa del presente caso.
153. Además, a la firma Rianzares Páez y Carraspique también pertenecía el miembro del CAD elegido por REGENTA, la Sra. Rianzares, y como consecuencia, también pudo tener acceso a información exclusiva por el hecho de pertenecer ella⁸⁴. Por ello, la Sra. Rianzares también muestra una apariencia de parcialidad que le invalida para decidir en la presente controversia.
154. A mayor abundamiento, el Sr. Ronzal tampoco debe ser considerado imparcial puesto que ha “*asesorado en el cálculo de estructuras de varios proyectos suscritos con la firma REGENTA*” [Resp. Sol. párr. 17], y otra vez, oculta esta información limitándose a decir que conocía personalmente a alguno de los representantes de la firma REGENTA. Claramente se omitió información relevante que mina la imparcialidad del Sr. Ronzal tal y como establece el art. 2.3.7 de la *Waivable Red List* de los *IBA Guidelines*. Es más, observando la relación tan estrecha que mantenía el Sr. Ronzal con REGENTA podría incluso llegar a considerarse que éste en realidad era un asesor empleado por REGENTA lo cual, a no ser de que sea revelado por el miembro del CAD, invalida a éste para tomar una decisión independiente tal y como establece el art. 3 del Apéndice del *FIDIC Red Book*.
155. No debemos olvidar, que en el caso del Sr. Ronzal es especialmente grave su falta de independencia puesto, que era el presidente del Comité, a quien la doctrina⁸⁵ exige unos estándares de independencia más altos que a ningún otro miembro.
156. Si al impugnar la independencia e imparcialidad del CAD, VETUSTA hubiese pretendido frustrar la legitimidad de su decisión por darle la razón a REGENTA tal y como sostiene ésta, VETUSTA la habría impugnado después de recaída, y no antes, como hizo VETUSTA.

ii. El proceso ante el CAD no cumplió con las mínimas garantías

157. El proceso seguido ante el CAD no cumplió con las mínimas garantías puesto que (a) no actuó de manera justa e imparcial respetando el principio de igualdad entre las partes; de hecho, (b) da la razón a VETUSTA en este punto el único miembro del CAD independiente.

⁸⁰ Art. 12.1 de la Ley Modelo UNICITRAL

⁸¹ IBA Guidelines, explicación del estándar 2

⁸² FERNÁNDEZ ROZAS p. 600

⁸³ HASCHER Bull. 4, 7; Caso *Commonwealth Corp.*

⁸⁴ GRIGERA NAÓN

⁸⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN párr. 1043

a) El procedimiento que siguió el CAD no respetó el proceso debido y fue parcial

158. El CAD ha de actuar de manera justa y parcial durante el procedimiento según el art. 5 a) del APR del *Red Book* de FIDIC, sin embargo, esto no ocurre en el presente caso ya que se altera la posición jurídica de las partes en detrimento de VETUSTA como demostraremos a continuación.
159. El CAD no permitió a VETUSTA la exposición de la razonabilidad de la propuesta de variación. REGENTA no puede basar su defensa en que tal argumentación no era pertinente dado que la disputa objeto de resolución no era otra que la pertinencia o no de acordar una variación contractual [*Doc. Resp. Sol n° 4*]. Además, esto contradice la obligación del CAD de dar a cada parte una razonable oportunidad de exponer su caso y responder al del otro⁸⁶.
160. Asimismo, a diferencia de VETUSTA, REGENTA sí que pudo exponer la irrazonabilidad de la propuesta. Como vemos, ante un mismo hecho, las partes han sido desigualmente tratadas vulnerando el derecho de igualdad de las partes que propugna el art. 18 Cap. V Ley Modelo.
161. Los principios generales del derecho⁸⁷ establecen expresamente que: “*el DAB no debe expresar ninguna opinión relativa a los méritos de ningún argumento avanzado por las partes*”. (énfasis añadido) Sin embargo, el rechazo a terminar de oír la argumentación de REGENTA por parte de la Sra. Rianzares y el Sr. Ronzal supone la expresión tácita de una opinión contraria a REGENTA demostrando que estaban predeterminados incluso antes de que ésta expusiese la totalidad de sus argumentos. Como vemos, el procedimiento llevado a cabo por el CAD fue sesgado, parcial y prejuzgado desde su inicio.
162. Incluso, en relación con la fuerza mayor y la excesiva onerosidad, el propio CAD en su decisión establece que llega a la conclusión tras un “*examen somero de los hechos*” [*Doc Sol. n° 12*]. Como vemos, una decisión de tal calibre no puede estar basada en un examen “*ligero, superficial y hecho con poca meditación y profundidad*”⁸⁸ pues no permite la defensa justa de la parte perjudicada.
163. Como consecuencia de todo lo anterior, se debe anular la decisión del CAD ya que éste, en el curso del proceso, impidió a una parte el ejercicio del derecho de defensa, limitando y privando su facultad de alegar y justificar sus derechos⁸⁹.

b) El Sr. Ronzal, único miembro independiente del CAD, dio la razón a VETUSTA

164. No sólo VETUSTA alega tal tratamiento desigual entre las partes sino que también, el Sr. Ronzal, único miembro independiente del CAD, lo puso de relieve durante el procedimiento y así lo transmite en su opinión separada [*Doc. Sol. n° 12*].
165. La parte demandante alega que el Sr. Saturnino no puede servir de fundamento para impugnar la resolución porque no era independiente. Para apoyar esta falta de independencia, REGENTA alega el hecho de que el Sr. Saturnino había sido consultor externo para VETUSTA en un proyecto de ésta hace más de diez años y en que el Sr. Saturnino había participado como árbitro en varios CADs en la que participaba VETUSTA o alguna de sus filiales y siempre les habían dado la razón. Sin embargo, el Sr. Ronzal es independiente tal y como explicaremos a continuación.
166. Antes de nada debemos tener en cuenta que a los miembros del CAD designados por una de las partes no les son exigibles los mismos estándares de independencia que al presidente⁹⁰ del CAD. Aun así, si se le aplicase los cánones de independencia que sólo son exigibles al presidente, el Sr.

⁸⁶ Art. 2 a) APR de las condiciones FIDIC, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN párr. 1639

⁸⁷ art. 9 del APR del *Red Book* de FIDIC

⁸⁸ Diccionario de la Lengua Española

⁸⁹ CREMADES p.209, 210

⁹⁰ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN párr. 1043

Saturnino seguiría cumpliéndolos, ya que fue plenamente independiente e imparcial, como demostraremos a continuación.

167. Las circunstancias alegadas por REGENTA no pueden acarrear la falta de independencia del árbitro porque el hecho de que un árbitro haya desarrollado una labor profesional con una de las partes no supone conflicto de interés ni su revelación es necesaria ya que tal circunstancia se encuentra en la Lista Verde de las IBA Guidelines. En el mismo sentido se pronuncian la doctrina⁹¹ y la jurisprudencia⁹² al establecer que no debe esperarse que un árbitro suministre a las partes una “*completa e íntegra business biography*” ni tampoco revele un “*trivial business con una de las partes*”, como pretende REGENTA en el presente caso, especialmente teniendo en cuenta que esta relación profesional ocurrió de manera puntual y hace, ni más ni menos, que diez años.
168. También es clara la jurisprudencia al establecer que no hay ningún elemento perturbador de la independencia de un árbitro porque éste haya participado en otros arbitrajes con una de las partes⁹³, ya que ello puede ser debido a su gran calidad como árbitro⁹⁴ (como ocurre en el presente caso); ni siquiera cuando el objeto de la disputa en la que hubo intervenido como árbitro previamente esté relacionado con la del caso en el que se impugna su independencia⁹⁵ siempre que no se haya prejuzgado el caso por el hecho de haber tomado parte en la decisión del arbitraje previo. En el presente caso, ni el objeto de las disputas está relacionado con los anteriores y por ello, mucho menos el árbitro prejuzgó el caso.
169. Asimismo, es llamativo que REGENTA no impugnase la falta de independencia del Sr. Saturnino en su debido momento y lo haga una vez que éste ha emitido su opinión separada en la que pone de relieve la falta de imparcialidad a lo largo del proceso y la extralimitación del CAD. Esto pone de manifiesto la mala fe de REGENTA (art. 1.7 UNIDROIT). Además, cualquier alegación de falta de imparcialidad producida después de recaído el laudo son objeto de la aplicación de un estándar más alto para probar tal imparcialidad⁹⁶.

iii. Hubo extralimitación en la decisión vertida por el CAD

170. Por último, demostrando una vez más la parcialidad del procedimiento seguido por el CAD, éste se extralimitó en su decisión a favor de REGENTA. La solicitud de la sumisión de disputa al CAD dice textualmente: “[...] se solicita [...] se pronuncie sobre la pertinencia de acordar una variación contractual.” Sin embargo, hubo incongruencia manifiesta en la decisión puesto que hubo una “*falta de adecuación entre las pretensiones de las partes formuladas oportunamente y la parte dispositiva de la resolución*”⁹⁷, en este caso, el CAD se pronunció sobre temas totalmente separados como la excesiva onerosidad sobrevenida y la existencia o no de fuerza mayor (que tal y como mencionó el propio CAD se estudió de manera somera) e incluso sobre temas estrictamente legales como el incumplimiento del contrato⁹⁸.
171. De hecho, el principio a un proceso debido implica que el CAD no puede introducir ningún hecho o fundamento de derecho nuevo sin invitar a las partes a comentarlo⁹⁹. En el presente caso, el CAD no da a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre los temas decididos y no pe-

⁹¹ FERNÁNDEZ ROZAS p. 600

⁹² Caso *Commonwealth Corp.*

⁹³ Decisión 4A 458/2009; *Korsnäs Aktiebolag v. AB Fortum Värme samägt med Stockholms stad*; DAELE p. 357

⁹⁴ BORN p. 1524

⁹⁵ BERGER p. 251; Decisión 4A 256/2009 y 4A 258/2009

⁹⁶ ROSS p. 141; BORN p. 1514

⁹⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN párr. 1631; SERRA DOMÍNGUEZ pág. 395

⁹⁸ Como ejemplo cabe citar: Caso *Saline d'Einville v. Compagnie des Salins du Midi*: se anuló un laudo en el que se anuló un contrato aunque ninguna de las partes lo pidió; Caso *Hispano Suiza v. Hurel Dubois*: se anuló un laudo en el que se decidió sobre daños no pedidos por ninguna de las partes.

⁹⁹ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN párr. 1639; Caso *Thyssen Stahlunion v. Maaden*: se anuló un laudo en el cual se ordena a una parte el pago de un interés que no había sido pedido formalmente.

didados. Como consecuencia, VETUSTA no pudo efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo finalmente decidido, lo cual produjo la indefensión de ésta. Como consecuencia, la decisión recaída debe ser considerada nula¹⁰⁰.

OCTAVA-. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA SOLICITADA POR REGENTA FUE INCORRECTA

172. La solicitud de ejecución de la garantía a primer requerimiento efectuada por REGENTA es incorrecta porque (A) faltan los requisitos materiales y formales necesarios, y dado que (B) existen circunstancias que permiten al Banco Garante negar el pago.

A. REGENTA NO ESTÁ HABILITADA PARA SOLICITAR EL PAGO DE LA GARANTÍA

173. La solicitud de ejecución de la Garantía de REGENTA carece de fundamento y vulnera la Cláusula 42 del Contrato, que establece la necesidad de que la presentación de la solicitud de la garantía vaya acompañada de un documento acreditativo del incumplimiento. A continuación se expone por qué (i) no concurre el presupuesto material que permitiría la solicitud de la Garantía y (ii) que el presupuesto formal exigido para la solicitud de pago tampoco se cumple.

i. No concurre el presupuesto material para la ejecución de la Garantía

174. REGENTA alega en su demanda un supuesto incumplimiento contractual de VETUSTA. Afirma erróneamente que mi mandante no cumplió con el Contrato, lo que según su Cláusula 42 habilitaba a REGENTA para solicitar la ejecución del aval a primera demanda ante el Banco Garante. Dado que tal incumplimiento es inexistente, REGENTA carece de un motivo jurídico válido que justifique la presentación de la solicitud de ejecución del pago.
175. A mayor abundamiento, el verdadero motivo por el cual REGENTA solicitó la ejecución de la garantía no fue, como alega [Doc. Sol. 17] el supuesto incumplimiento de mi mandante. Así se desprende de las declaraciones de la Demandante (*“espero que ante la inmediatez del gasto financiero, el resto de los miembros del consejo de VETUSTA sean algo más razonables que usted y le convenzan para cambiar de postura”* [Doc. Sol. n°18]), en las que puede apreciarse claramente que, donde alega incumplimiento, no existe más que un intento de extorsión a mi mandante para conseguir que el Contrato se cumpliera de acuerdo con sus abusivas exigencias.

ii. El presupuesto formal exigido para el pago no se cumple

176. La doctrina es unánime al establecer que la mera presentación de los documentos establecidos en el contrato no basta para legitimar la solicitud de la garantía, sino que se necesita que estos documentos sean válidos y reflejen con certeza la realidad que alegan ya que, de otra manera, desnaturalizarían por completo la garantía a primer requerimiento¹⁰¹.
177. En el momento de la presentación de la solicitud de la Garantía por parte de REGENTA ante la Entidad Bancaria, existían dudas más que razonables sobre la independencia e imparcialidad del Ingeniero que llevó a cabo la Declaración de Incumplimiento, así como sobre la independencia e imparcialidad de dos de los componentes del CAD (*Vid supra párr. 148*). Dadas las circunstancias, no puede entenderse que los documentos que REGENTA adjuntó a la solicitud de ejecución del aval supusieran la prueba efectiva de un verdadero incumplimiento por parte de VETUSTA. Como consecuencia de ello REGENTA presentó una solicitud que no sólo carecía completamente de base, sino también de fundamentación, como posteriormente declaró el Juzgado de Alas en su sentencia [Doc. Sol. 22]. Esta actitud de REGENTA ha supuesto un innegable incumplimiento adicional de la mencionada Cláusula 42 del Contrato.

¹⁰⁰ CREMADES p.211; STC Español 60/1996

¹⁰¹ SAN JUAN CRUCELAGUI. p. 280. JIMÉNEZ ESCOBOSA, p. 17

B. EXISTEN CIRCUNSTANCIAS QUE PERMITEN NEGAR EL PAGO

178. La reclamación de la ejecución de la Garantía es abusiva y fraudulenta por cuanto supone un aprovechamiento de la naturaleza de la Garantía en beneficio propio por parte de REGENTA. Esta parte pasa a exponer que (i) la solicitud de pago presentada por REGENTA es abusiva y fraudulenta y (ii) que el Banco Garante está legitimado para denegar el pago.

i. La solicitud de pago presentada por REGENTA es abusiva y fraudulenta

179. En lo relativo a las garantías independientes, es abusiva la reclamación del pago de la garantía por el beneficiario que sabe que carece del derecho para hacerlo. Asimismo, es fraudulenta la solicitud presentada por quien se comporta de mala fe, no sólo porque sabe que no tiene el derecho que pretende ejercer, sino porque se aprovecha de la naturaleza de la garantía a primera demanda para intentar evitar esta desventaja.
180. A la vista de las dudas que plantean la independencia e imparcialidad del Ingeniero y del CAD (*Vid supra párr. 142*) “no es posible realizar juicio alguno sobre la existencia o no de incumplimiento por parte de VETUSTA”, como así lo entendió el Juez de Primera Instancia posteriormente [*Doc. Res. Sol. n°8*]. El hecho de que esta circunstancia sea conocida por REGENTA en el momento de la solicitud del pago, convierte automáticamente la solicitud en abusiva.
181. Además, que REGENTA reclame el pago conociendo que carece del derecho en relación al contrato base y valiéndose del carácter autónomo de la garantía, convierte la solicitud en fraudulenta¹⁰². A mayor abundamiento este comportamiento no sólo obedece a un intento claro de extorsión de REGENTA frente a VETUSTA, sino que tiene como finalidad accesoría su enriquecimiento injusto frente a mi mandante.

ii. El Banco Garante está legitimado para denegar el pago

182. Como esta parte procede a exponer, el Banco Garante está legitimado para denegar el pago de la Garantía (a) si aprecia la existencia de abusividad y fraude en la solicitud que examina y (b) como consecuencia de que la resolución de la medida cautelar vincula su decisión y limita su actuación.

a) Si aprecia la existencia de abusividad y fraude en la solicitud que examina

183. Que una garantía a primera demanda sea autónoma e independiente de la obligación subyacente no supone en absoluto que el Banco Garante deba concederla sin llevar a cabo un examen de los documentos presentados en el momento de la solicitud, ni que esté obligado a realizar el pago bajo cualquier circunstancia¹⁰³. Si en este examen, el banco observa que el beneficiario de la garantía actúa con abuso de derecho, mala fe o fraude¹⁰⁴ o si por la información que posee conoce la improcedencia de la reclamación de la garantía (el Banco Clarín puede llegar a tal conclusión como consecuencia de la documentación que mi mandante ha entregado justificando el abuso de la reclamación del pago de la Garantía) el banco no debe pagar automáticamente¹⁰⁵.
184. La jurisprudencia reciente en esta materia afirma la posibilidad de que, en aquellos casos en los que el banco garante sospeche de la existencia de fraude en la solicitud, *exceptio doli*, éste pueda entrar a analizar la obligación subyacente en un intento de esclarecer la situación¹⁰⁶, sin que esto suponga una violación de los principios de independencia y autonomía de la garantía a primera

¹⁰²SAN JUAN CRUCELAGUI, p. 289. JIMÉNEZ ESCOBOSA, p. 20. ESPIGARES HUETE, p. 222

¹⁰³Art. 16 CNUGI: “El garante/emisor deberá examinar la reclamación y cualquier documento que la acompañe”, y Art. 17 CNUGI: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, el garante/emisor deberá pagar toda reclamación presentada que sea conforme con lo dispuesto en el artículo 15”.

¹⁰⁴Caso S A Lito Gonella e Hijo ICFI vs Bisa Seguros de Reaseguros S.A. y Otros.

¹⁰⁵SÁNCHEZ-CALERO, p. 1147.

¹⁰⁶SÁNCHEZ-CALERO, p. 247.

demanda¹⁰⁷. En este caso, ni siquiera se opone una excepción derivada del Contrato, por lo que la alegación de la Demandante de la Garantía a este respecto carece de sentido.

185. Tampoco la autonomía de la garantía se lleva hasta las últimas consecuencias. La jurisprudencia actual contempla la posibilidad de excepciones al beneficiario cuando la reclamación sea abusiva o falte la causa. Para valorar si procede la oposición del pago de la garantía también debe tenerse en cuenta la finalidad de la ejecución para el beneficiario, que no ha de ser otra que la de asegurarse su interés económico derivado del incumplimiento del ordenante. Si se permitiese al beneficiario un uso distinto de la garantía amparándose en los términos tan absolutos en los que se redacta la carta de garantía, se estaría dando cobertura al uso fraudulento de un derecho¹⁰⁸.
186. Dado que el Banco Garante conocía de la existencia de fraude en la solicitud de REGENTA, pues así se lo había comunicado VETUSTA, [Doc. Res. Sol. 7], que además aportaba varias pruebas al respecto¹⁰⁹ (Anexos I, II, III y IV mencionados en Doc. Res. Sol 7), se encontraba habilitado para paralizar el pago de la garantía, sin que esto afectase a su carácter independiente.

b) La resolución de la medida cautelar vincula al Banco Garante y limita su actuación

187. La sentencia del Tribunal de Primera Instancia nº10 de Alas ordenaba explícitamente al Banco Clarín “la suspensión de cualquier tipo de pago o transferencia relacionado con la mencionada garantía hasta que se resuelva la controversia subyacente, o bien se levanten las presentes medidas cautelares”. Esta circunstancia, unida a la procedencia de estas medidas cautelares (Vid supra párr. 20), vinculaba al Banco Garante, obligándole a detener el pago de la Garantía.

NOVENO.- VETUSTA NO HA INCUMPLIDO EL CONTRATO POR LO QUE NO DEBE INDEMNIZAR DAÑO Y PERJUICIO ALGUNO

188. La Demandante exige, sin fundamento, que VETUSTA le indemnice por los daños derivados de los retrasos y de la privación de fondos. El derecho a reclamar a la otra parte daños y perjuicios por un incumplimiento contractual requiere que haya habido tal incumplimiento¹¹⁰. Como se ha demostrado a lo largo de este escrito, VETUSTA siempre actuó conforme al Contrato y ha cumplido con sus obligaciones. Por ello se debe desestimar la solicitud de REGENTA.
189. En el hipotético caso de que el Tribunal considere que ha habido un incumplimiento, debe desestimar igualmente la pretensión de la Demandante porque (A) VETUSTA no ha probado daño alguno. Si entiende que los hubo, (B) la Demandante los agravó con su comportamiento. En todo caso, (C) la Demandante está abusando de su derecho.

A. LA DEMANDANTE NO HA PROBADO DAÑO ALGUNO

190. La parte que reclama una indemnización de daños debe probar, tal y como sostiene la totalidad de la doctrina, no sólo que la pérdida efectivamente ha tenido lugar, sino también cuantificar el daño, así como demostrar que éste ha sido causado por el incumplimiento. En este mismo sentido, el art. 7.4.3 UNIDROIT establece que la compensación de los daños y perjuicios sólo se debe por el daño que pueda establecerse con un grado razonable de certeza. El requisito de certeza del daño no sólo atañe a su existencia, sino también a su alcance¹¹¹.

¹⁰⁷La excepción de fraude, *exceptio doli*, debe corresponder a un fraude manifiesto, aunque la jurisprudencia francesa va más allá y acepta como excepción el riesgo de fraude. RIVES-LANGE/CONTAMINE-RAYNAUD, p. 997.

¹⁰⁸SAN JUAN CRUCELAGUI p. 237. JIMÉNEZ ESCOBOSA, p. 19. ESPIGARES HUETE p.235

¹⁰⁹La inversión de la carga de la prueba es del Otorgante. SÁNCHEZ-CALERO, p. 391. VON METTENHEIM, p. 581.

¹¹⁰SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art. 74, párr. 51

¹¹¹DOMINGO, p. 244

191. La Demandante no ha probado la existencia de daño alguno en el presente procedimiento, ni presente ni futuro, ni los ha cuantificado, por lo que el Tribunal debe desestimar su solicitud, y ello porque el daño no se presume nunca, quien reclama su compensación debe probarlo.
192. En todo caso, centrándonos en las reclamaciones específicas que REGENTA podía haber realizado, al considerar una reclamación por lucro cesante (por la entrega tardía de la fábrica) el Tribunal tiene que estar “*convencido de que el beneficio efectivamente se habría obtenido si el contrato se hubiera llevado a cabo correctamente*”¹¹². REGENTA asume falsamente que habría sido capaz de sacar el rendimiento de la fábrica que proyectó de no ser por el incumplimiento. No hay derecho a ser compensado por una mera pérdida de una expectativa de beneficio¹¹³.
193. En lo que se refiere a un posible daño contra la reputación de la empresa, sólo podría generar responsabilidad por daños si fuera capaz de probar que efectivamente se ha producido un daño que sea cuantificable económicamente. En este sentido, la práctica arbitral es restrictiva a la hora de conceder la indemnización en estas circunstancias, pues es difícil probar que ha sufrido el daño como resultado del incumplimiento y, en su caso, cuantificarlo.

B. EN TODO CASO, LA DEMANDANTE AGRAVÓ EL DAÑO

194. La parte perjudicada por un incumplimiento tiene el deber de mitigar el daño que se pueda derivar de él. Se trata de un deber impuesto a la parte perjudicada para evitar que ésta permanezca inactiva y aguarde el resarcimiento de un daño cuyas consecuencias pudo atenuar¹¹⁴. En este sentido, el art. 7.4.8 UNIDROIT establece que “*la parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables*”.
195. Se debe tener en cuenta la actitud de REGENTA, que se negó tajantemente a asumir un incremento del coste que de todo punto le correspondía. Más allá, no puede obviar el Tribunal que REGENTA amenazó a mi representada con “*cerrar la propiedad*” [Doc. Sol. 15] y no permitirle el paso a las obras, algo contrario al Contrato (Cláusula 3.2), muestra clara de su actitud durante toda la disputa. Por el contrario, VETUSTA estuvo siempre dispuesta a negociar para alcanzar un acuerdo [Doc. Sol. 16]. No hay duda, por tanto, de que la actitud de VETUSTA agravó el daño y de que la indemnización ha de ser desestimada si no en su totalidad en gran parte.

C. LA DEMANDANTE ESTÁ ABUSANDO DE SU DERECHO

196. Según la doctrina mayoritaria, la teoría del abuso de derecho hace referencia “*a la simple idea de que en algunas situaciones el ejercicio de un derecho legalmente protegido por una persona resulta en daños a otros individuos y a intereses sociales mayores*”¹¹⁵. Este principio de derecho internacional¹¹⁶ corrige los efectos dañinos que surgirían de aplicar estrictamente derechos individuales en casos en los que se producirían daños inaceptables a la otra parte¹¹⁷.
197. Los Tribunales Arbitrales han venido aplicando este principio en materia de daños¹¹⁸. Así, en el *Caso Himpurna y Patuha*, se concedió a los demandantes menos del 10% de la cantidad que habían reclamado por daños, con justificación en la teoría del abuso de derecho. Si no se hubiera aplicado esta teoría, tendrían derecho a la totalidad de la cantidad reclamada en concepto de daños. El Tribunal entendió que el pago de la cantidad solicitada exacerbaría las ya suficientes pér-

¹¹² BRUNNER, Art. 74, nº8

¹¹³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art. 74, párr. 22

¹¹⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, p. 250

¹¹⁵ PETROVA, p. 463

¹¹⁶ TEITELBAUM, p. 313

¹¹⁷ PETROVA, p. 463

¹¹⁸ PYRELS, p.14

didas de los demandados y aplicó esta teoría a pesar de que los demandantes no habían actuado en ningún momento con mala fe¹¹⁹.

198. Esta doctrina resulta plenamente aplicable a este caso, pues REGENTA solicita al Tribunal que obligue a VETUSTA a realizar las correcciones a la obra sin percibir sobreprecio alguno por ellas y, además, que indemnice a la Demandante con una elevada suma, cuando no cabe duda de que las variaciones de la obra redundan en su beneficio. La suma de tales reclamaciones colocaría a mi representada en una situación económica inasumible. Por todo ello, el ejercicio del derecho a reclamar los daños y perjuicios supone, en este caso, un claro abuso de derecho y el Tribunal, en caso de rechazar nuestras anteriores alegaciones, debe desestimar la pretensión de la Demandante por exceder los límites tolerables de la buena fe contractual.

PETITUM

VETUSTA solicita al Tribunal Arbitral:

- Que se declare competente para conocer de la disputa. Sin perjuicio de ello, debe declararse incompetente para modificar unilateralmente el Contrato o para ordenar medidas de carácter coercitivo tendentes a su cumplimiento.
- Que desestime la solicitud de la Demandante, y declare que VETUSTA no estaba obligada a efectuar las correcciones en materia de cimentación, por ser imprevisibles los problemas encontrados en el subsuelo, y sus efectos.
- Que, en caso de acoger parcialmente la postura de la Demandante, declare que en cualquier caso, VETUSTA no está obligada a asumir el incremento del coste, pues fue aprobada una variación mediante el procedimiento a tal efecto establecido en el Contrato.
- Que declare que el Ingeniero y el CAD se encontraban en una situación de clara falta de independencia e imparcialidad, y que, por ello, es necesario revocar su decisión, y confirmar la variación pactada por las partes.
- Que, en relación con el incremento de costes procedente de la paralización y huelgas de los trabajadores, declare que VETUSTA tiene derecho a repercutir el incremento a REGENTA.
- Que declare que VETUSTA no incumplió ninguna de sus obligaciones contractuales al negarse a continuar con la obra, y que desestime la solicitud de una orden de cumplimiento con variaciones en la obra.
- Que declare que la solicitud de pago de la garantía realizada por REGENTA fue incorrecta, abusiva y sin fundamento, existiendo circunstancias que obligaban al banco a negar el pago.
- Que confirme la orden de suspensión de la ejecución de la garantía dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Alas (Cervantia).
- Que desestime la solicitud de la Demandante en materia de daños y perjuicios, por no existir la situación de incumplimiento necesaria para tal reclamación.

¹¹⁹ Caso *Himpurna y Patuha*



V COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL

**Universidad Carlos III de Madrid, España
6 de noviembre a 19 de abril de 2013**

**Audiencias
Madrid, 15 a 19 de abril de 2013**

**Organizado por:
-Universidad Carlos III de Madrid
-Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil
internacional (CNUDMI/UNCITRAL)**

El Caso Moot Madrid 2013 ha sido elaborado por un equipo formado por profesionales de la Universidad Carlos III de Madrid, del despacho Pérez-Llorca Abogados, S.L.P. y de KPMG Asesores, S.L. Por la Universidad Carlos III de Madrid han participado David Ramos Muñoz y Tatiana Arroyo Vendrell. Por Pérez-Llorca Abogados, S.L.P. han participado Guillermina Ester Rodríguez y Carmen Reyna Santos. Por KPMG Asesores, S.L. han participado Rocío Campos Martínez, Fernando Cuñado García-Bernalt y María Victoria Fernández Elices.



Universidad
Carlos III de Madrid



ÍNDICE:

NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE.....	4
Documento de la solicitud nº 1: Nombramiento de representante.....	12
Documento de la solicitud nº 2: Asunto: Resumen de la conversación telefónica de fecha 09/04/2012.....	13
Documento de la solicitud nº 3: Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 09/04/2012.....	14
Documento de la solicitud nº 4: Extractos de la compraventa de acciones.....	15
Documento de la solicitud nº 5: Extractos de la Ley 23/2009, de 7 de abril de 2009, de Aguas, de Andina.....	17
Documento de la solicitud nº 6: Asunto: Situación patrimonial de la sociedad.....	18
Documento de la solicitud nº 7: Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad.....	19
Documento de la solicitud nº 8: Informe pericial.....	20
Documento de la solicitud nº 9: Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad.....	24
Documento de la solicitud nº 10: Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad.....	25
Documento de la solicitud nº 11: Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad.....	26
Documento de la solicitud nº 12: Declaración independencia e imparcialidad del árbitro...	27
RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE.....	28
Documento de respuesta a la notificación nº1: Nombramiento de representante.....	32
Documento de respuesta a la notificación nº2: Declaración de independencia e imparcialidad del árbitro.....	33
Documento de respuesta a la notificación nº3: Extractos relevantes del Derecho de la República de Andina.....	34
CARTA CONJUNTA DE LAS PARTES A LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID.....	36
CARTA A ENVIAR POR MENSAJERO CON ACUSE DE RECIBO	38
CARTA A LAS PARTES A ENVIAR POR CORREO ELECTRÓNICO.....	39
CARTA ENVIAR A LAS PARTES POR CORREO ELECTRÓNICO Y ORDINARIO. DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO.....	40

ORDEN PROCESAL N°1	41
SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO, Y DE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA DEMANDA.	43
NOTIFICACIÓN DE SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN COMO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO Y DE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DEL MISMO.....	44
Documento n°1 de la solicitud adicional: Nombramiento de representante.....	50
Documento n°2 de la solicitud adicional: Extractos del Acuerdo Estratégico.....	51
Documento n°3 de la solicitud adicional: Asunto: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012.....	53
Documento n°4 de la solicitud adicional: Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012.....	54
Documento n°5 de la solicitud adicional: Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012.....	55
Documento n°6 de la solicitud adicional: Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012.....	56
Documento n°7 de la solicitud adicional: Extractos relevantes del Derecho de la República de Cervantia.....	57
ORDEN PROCESAL N°2.....	60
RESPUESTA PRELIMINAR DE CHANCAS SL., D. ATAHUALPA INCA, D. HUÁSCAR HUALLPA Y D. BLAS VALERA A LA SOLICITUD ADICIONAL PRESENTADA CONJUNTAMENTE POR NAZCA SA Y TLÁLOC CORP.....	62
Documento de respuesta a la solicitud adicional n° 1: Extractos del Derecho de la República de Andina (2).....	67
ORDEN PROCESAL N°3.....	68
ORDEN PROCESAL N°4.....	70

**TRIBUNAL *AD HOC*:
NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE
NAZCA, SA c. CHANCAS, SL**

D. Garcilaso de la Vega, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad NAZCA, SA. realiza, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI la siguiente:

NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE

I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDANTE Y SU REPRESENTANTE

1. La Sociedad NAZCA, SA, con el nombre comercial NAZCA (en adelante, NAZCA) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Calle Quijote, no. 45, ciudad de Barataria. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (76) 943 32 85, (76) 943 32 86 e info@nazca.cer.

2. En el presente procedimiento, NAZCA se encontrará representada por Garcilaso de la Vega, abogado, Calle Sancho, 369, ciudad de Barataria tel. (76) 943 54 22, fax (76) 943 54 23, correo electrónico gvega@garcilasoabogados.cer. Se acredita la representación mediante el DOCUMENTO N° 1.

3. NAZCA se dedica a la producción y distribución de aceites vegetales (de oliva y semillas), así como de otros productos: vinagres (de vino tinto y blanco y balsámico), aceitunas y mahonesa.

II. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA

4. Es demandada en el presente arbitraje la sociedad CHANCAS, SL.

5. CHANCAS, SL, con el nombre comercial CHANCAS (en adelante, CHANCAS) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (98) 986 96 45 33, (98) 986 89 45 34 e info@chancas.an.

6. CHANCAS es una empresa distribuidora independiente. De manera progresiva en los últimos 8 años ha dirigido su actividad principalmente, a la distribución de neumáticos. Desde sus almacenes, especializados para esta clase de producto, se distribuyen más de 100.000 neumáticos diarios. En la actualidad, es distribuidor oficial de más de 20 marcas distintas de neumáticos.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA

7. NAZCA es la sociedad matriz del grupo NAZCA EMPRESAS, un grupo internacional, presente en 25 países, marca renombrada por su alta calidad y variedad de aceites vegetales: aceite de oliva extra, de oliva extra refinado, de oliva suave, de girasol alto oleico, de girasol rico en vitamina E, de soja, al que recientemente, se incorpora como producto estrella las variantes de aceites ecológicos. Adicionalmente, produce y comercializa también vinagres, aceitunas y mahonesa. Desde hace 7 años se encuentra en plena expansión en los mercados de Andina, Altiplania y Pampa, donde ha fundado filiales que realizan actividades diversas, que oscilan desde la exclusiva producción, a la exclusiva distribución o a la realización de ambas conjuntamente (recolección, producción, envasado, etiquetado y distribución).

8. En el mercado de Andina, NAZCA posee, en participación del 50%, una filial de producción de sus aceites vegetales (incluidas las nuevas variedades), por tratarse de un mercado prioritario por su tamaño y la sofisticación de sus consumidores. A través de esta filial puede *in situ* producir sus aceites vegetales conforme a los altos estándares de calidad que han hecho de su marca un referente internacional. Una vez que esta filial ha alcanzado su pleno rendimiento y con el fin de obtener el mejor éxito con la expansión proyectada en Andina, NAZCA consideró la conveniencia de integrar la actividad de distribución entre sus actividades en Andina. Disponer de una filial de distribución que se encargara de los procesos de almacenamiento, de preparación de pedidos y el transporte de productos podía suponer un considerable incremento de sus ingresos.

9. Tras realizar un estudio preliminar del mercado, la sociedad HUACA, SA (en adelante, HUACA) parecía un candidato idóneo. Su presencia fuerte en la distribución en Yahuarpampa, Sausa o Viracocha y otras de las principales ciudades de Andina, su especialización en la distribución de productos alimenticios, con canales de distribución a cadenas de hipermercados, supermercados y tiendas especializadas, permitían anticipar una integración relativamente rápida y sin incidencias. En la medida en que la planificación de la estrategia de expansión en Andina dependía en buena medida del control, o no, de una distribuidora por NAZCA, la decisión era urgente.

10. La sociedad HUACA tenía un socio único, la sociedad CHANCAS, participada, a su vez, por los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera. Los socios se mostraron receptivos a las muestras de interés por parte de mi representada. En una conversación telefónica de fecha 9 de abril de 2012 se discutió la cuestión de manera preliminar. Los socios de CHANCAS indicaron que la especialización de aquélla en la distribución de neumáticos hacía que cada vez tuviese menos sentido combinar ambas en un mismo grupo, de ahí su interés en la venta. No obstante, indicaron, que HUACA

era una sociedad con una excelente salud financiera, como se desprendía de las últimas cuentas anuales auditadas cerradas, a 31 de diciembre de 2011, firmada “SIN SALVEDADES”.

11. Mi representada, a través de su consejero delegado, Pedro Serrano, indicó su voluntad de cerrar el trato lo antes posible. El contenido de la conversación telefónica se confirmó, posteriormente, en sendos correos electrónicos de fecha 10 de abril de 2012 (DOCUMENTO N° 2), y 11 de abril de 2012 (DOCUMENTO N° 3).

12. Sobre la base de la información facilitada en la conversación telefónica, mi representada ofreció, y los socios aceptaron, un precio del 140% del valor contable por cada acción. Ésta y otras condiciones se plasmaron en el contrato de compraventa, suscrito en fecha 2 de mayo de 2012 (DOCUMENTO N° 4)..

13. Los problemas surgieron cuando mi representada comenzó a operar con la sociedad. Después de dos semanas recibió una notificación en virtud de la cual se le comunicaba la apertura de expediente sancionador por infracción tipificada como grave en relación a vertidos de residuos realizados por HUACA entre septiembre y diciembre de 2011 en el río Topama. En la notificación se hacía constar la posible condena a una multa por valor de 400.000 euros y al pago de 150.000 euros por los gastos derivados de la limpieza de las aguas conforme a lo establecido en los art. 106, 107 y 108 de la Ley 23/2009, de 7 de abril de 2009, de Aguas (DOCUMENTO N° 5).

14. Según pudo constatar después NAZCA, a través de la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Yahuarpampa, HUACA había sido informada a fecha de 27 de febrero de 2012 de la apertura de expediente de investigación al haber quedado constatado que en el citado periodo se habían registrado vertidos superiores a los autorizados en las inmediaciones en las que está ubicado el establecimiento de HUACA en Yahuarpampa. Mi representada se puso inmediatamente en contacto con CHANCAS y sus socios, por correo electrónico de fecha 18 de mayo de 2012 (DOCUMENTO N° 6), poniendo de manifiesto que la apertura de la investigación se cursó antes de iniciar las negociaciones para la conclusión del contrato de compraventa y que la demandada a sabiendas ya de la mencionada investigación ocultó dicha información a mi representada. Este aspecto generaba una intolerable incertidumbre para la actividad de mi representada.

15. La respuesta no se hizo esperar (DOCUMENTO N° 7) y CHANCAS y sus socios de manera incomprensible aun aceptando que conocían de la apertura del expediente de investigación, rechazaban sus fundamentos y se desentendían de las consecuencias

legales. Además, parecían no conceder crédito alguno a las exhortaciones de los abogados de la empresa HUACA, contratados una vez concluida la adquisición de HUACA. Según CHANCAS y sus socios, dicho expediente no tenía visos de prosperar, HUACA dispone de la autorización de vertido conforme a la legislación vigente y está al corriente del pago del canon de vertido. Si bien esto es cierto, según ha tenido conocimiento mi representada, la cuestión no radica en la autorización, sino en la violación de la misma, pues las cantidades vertidas exceden sobremanera las permitidas según la autorización.

16. Dichas circunstancias condujeron a mi representada, a pesar de la existencia de una auditoría reciente sobre las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2011, a solicitar otra auditoría, en la que se puso de manifiesto que conforme al Plan General de Contabilidad de Andina en vigor, HUACA debería haber registrado una provisión por valor de al menos, 550.000 durante el último ejercicio social de 2011. Ello arrojaba unos pasivos ocultos por un total de 550.000, como pone de manifiesto el resumen ejecutivo y conclusiones realizado por la firma KPMG Asesores S.L. encargada de ello (DOCUMENTO Nº 8 e INFORME PERICIAL). Mi representada puso todos estos datos en conocimiento de CHANCAS y de sus socios, en un correo electrónico de fecha 11 de junio de 2012, donde también expresó su perplejidad sobre la auditoría realizada para el ejercicio social de 2011 y puso de manifiesto la incertidumbre intolerable que la situación suponía para la correcta integración de la sociedad adquirida (DOCUMENTO Nº 9). Tras la segunda negativa por parte de CHANCAS y sus socios (DOCUMENTO Nº 10), exigió la resolución del contrato, así como la indemnización por los daños y perjuicios (DOCUMENTO Nº 11). Una semana después de resolver el contrato, el Ayuntamiento de Yahuarpampa notificó a NAZCA la suspensión cautelar de la actividad de HUACA mientras no se resuelva el expediente sancionador.

IV. LOS CONTRATOS DE LOS QUE DERIVA LA CONTROVERSIA Y EL CONVENIO ARBITRAL

17. El Convenio arbitral, recogido en la cláusula IX del contrato de compraventa, establece lo siguiente:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal arbitral estará formado por tres miembros. Cada parte podrá nombrar un árbitro, y el Presidente será nombrado por los otros dos árbitros. La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de

Comercio e Industria de Madrid actuará como autoridad nominadora. El arbitraje se desarrollará en español, y su sede será Matrice, Madre Patria”.

18. La presente controversia deriva, claramente, del contrato de compraventa, en la medida en que se trata de un problema de falta de conformidad de los bienes vendidos.

19. En ejercicio del derecho que le asiste de acuerdo con el convenio arbitral y el artículo 9.1 del Reglamento de la CNUDMI, esta parte nombra como árbitro de parte a D^a XXX. Se adjunta su declaración de independencia e imparcialidad (DOCUMENTO N° 12).

20. Andina y Cervantia han ratificado la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

21. Andina y Cervantia han incorporado la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional a su derecho interno.

V. NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

22. El contrato de compraventa contemplaba, en su cláusula VIII, la siguiente elección de Ley Aplicable:

“El presente contrato se regirá por lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los principios generales de los contratos comerciales internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de Derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia”.

23. De la cláusula anterior resulta muy clara la intención de las partes de someter la regulación del contrato de compraventa y sus vicisitudes a la Convención de Viena, y a otras normas de Derecho Uniforme. Las cláusulas denominadas de *opting-in*, en las cuales se somete a la Convención de Viena un contrato que, de otro modo, se podría encontrar regulado por Derecho no uniforme, son plenamente válidas. El mecanismo resulta más habitual en el caso de contratos internacionales, donde la Convención de Viena proporciona un conjunto de reglas más neutrales y adaptadas a las necesidades del tráfico moderno. Y el recurso al mismo resulta especialmente lógico en un caso como el presente, donde la Convención es el Derecho interno de Cervantia sobre compraventas internacionales, y únicamente resultaría excluido por razón del objeto, en virtud del artículo 2 de la Convención, un aspecto totalmente de libre disposición por las partes, las cuales, en este caso, decidieron ejercer su opción en favor de la Convención.

24. Asimismo, la cláusula refleja la voluntad de las partes de aplicar los principios generales propios de los contratos comerciales internacionales, y esta referencia incluye otros textos de Derecho Uniforme (en los que, a modo de ejemplo, se encontrarían los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010 y que contemplan soluciones análogas a las de la propia Convención.

25. La Convención de Viena recoge, en su artículo 35, que:

1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

26. Asimismo, en su artículo 36, la Convención establece que:

1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

27. El examen de los hechos revela claramente que la parte vendedora incumplió su obligación de entregar bienes conformes, con independencia de que la misma se manifestase con posterioridad al momento en el cual mi representada tomó el control de la sociedad.

28. Por otro lado, el artículo 49 (1) (a) de la Convención establece que:

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato;

29. Y el artículo 25 de la Convención establece que un incumplimiento será “esencial” cuando:

“...cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

30. Claramente, los problemas encontrados en la sociedad adquirida han supuesto una privación sustancial de las expectativas legítimas de mi representada con arreglo al contrato, motivo por el cual tiene derecho a resolver el contrato.

31. El artículo 74, por su parte, establece que:

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

32. Mi representada reclama una indemnización de 17.428,5 euros (DOCUMENTO Nº 8 e INFORME PERICIAL -KPMG Asesores S.L-)

33. Cervantia es Estado parte de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Andina no es Estado parte de la recién citada Convención.

VI. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

34. Como resultado de lo anterior, NAZCA solicita al tribunal arbitral:

- Que se declare competente para conocer la presente disputa.
- Que declare que la parte vendedora incurrió en un incumplimiento de contrato, consistente en la entrega de bienes (en este caso, acciones de una sociedad) no conformes con el contrato, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena y en las demás disposiciones de Derecho Uniforme aplicables al caso.

- Que, de acuerdo con la propia Convención y las mencionadas disposiciones, concluya que la falta de conformidad resultó en un incumplimiento esencial, que otorgaba a mi representada el derecho a resolver el contrato, resuelto correctamente en fecha 13 de junio de 2012, así como a la restitución del precio pagado consistente en la cifra de 2.556.436,4 euros.
- Que mi representada posee el derecho a una indemnización de daños y perjuicios consistente en la cifra de 17.428,5 euros conforme al Informe Pericial de 8 de junio de 2012, así como a la indemnización de daños y perjuicios derivados de la paralización de la actividad de HUACA.

En Barataria a 16 de julio de 2012.

DOCUMENTO N° 1

D. Pedro Serrano, en su calidad de Consejero Delegado de NAZCA, SA autoriza a D Garcilaso de la Vega para que asuma la defensa jurídica de NAZCA, SA en el procedimiento arbitral contra CHANCAS, SL.

Lo hago constar a todos los efectos oportunos.

D. Pedro Serrano
Consejero Delegado de NAZCA, SA

DOCUMENTO N° 2

Fecha: 10.04.2012 11:35:00

A: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>, Huáscar Huallpa
<hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

Asunto: Resumen de la conversación telefónica de fecha 09/04/2012

Estimados Atahualpa, Huáscar y Blas:

El propósito del presente correo es el de recoger el contenido de la conversación telefónica mantenida en el día de ayer, donde pudimos intercambiar impresiones sobre la cuestión que nos ocupa.

Según pude comprobar, los intereses de ambas partes están alineados. Yo, o, mejor dicho, NAZCA, tiene interés en adquirir un distribuidor con una presencia fuerte en el sector de la alimentación de Andina. Tenemos unos compromisos de expansión con el Consejo y nuestros accionistas, y la integración de la distribución supone una parte importante de los mismos.

Aunque hemos barajado diversas opciones, HUACA nos parece la más convincente (i) por su alcance nacional, con presencia en Yahuarpampa, Sausa o Viracocha y en otras ciudades menores, algo que no es tan común, dada la fragmentación regional de la distribución en Andina; (ii) por su relativa especialización en productos de alimentación; y (iii) por su buena salud financiera. Hemos examinado las cuentas anuales auditadas cerradas a 31 de diciembre de 2011 y, como ya tuvimos ocasión de comentar, parecen sólidas. No obstante, el sector de la distribución es algo volátil, y la excesiva inseguridad y fragmentación de la regulación de la distribución hace que resulte difícil estimar los márgenes futuros, como se puede ver por el año pasado, donde tuvo pérdidas. Un 140% del valor contable nos parece una oferta muy razonable.

Por favor, indicadme si estamos de acuerdo en los términos, para que podamos proceder a firmar el contrato cuanto antes.

Un cordial saludo,

Pedro Serrano

Consejero Delegado de NAZCA, SA

DOCUMENTO N° 3

Fecha: 11.04. 2012 11:35:00

A: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

Cc: Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>

Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 09/04/2012

Estimado D. Pedro:

Nos congratula recibir su mensaje. Y me es grato transmitirle en nombre de todos, nuestra satisfacción con el principio de acuerdo alcanzado. En efecto, por lo que tuvimos ocasión de discutir, las características de HUACA pueden servirles perfectamente a sus intereses. Tiene mucho potencial de expansión, y, con independencia de la regulación de la distribución, quizás necesite, simplemente, una revisión a fondo y una gestión más moderna para volver a los beneficios. Los “fundamentales” de la sociedad son sólidos, y las cuentas anuales auditadas cerradas a 31 de diciembre de 2011 se firmaron “SIN SALVEDADES”.

Por todo ello, un 140% sobre el valor contable es, como apuntamos en la conversación telefónica, algo ajustado. Pero la actividad de HUACA cada vez está más separada de la nuestra, y no tiene sentido mantener ambas actividades bajo un mismo grupo. Esperamos el documento para firmarlo todos.

Reciba un saludo,

Atahualpa Inca

Huáscar Huallpa

Blas Valera

DOCUMENTO N° 4

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE ACCIONES

2 de mayo de 2012

[...]

III. EL OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente contrato lo constituye la compraventa del 100% de las acciones de la sociedad HUACA, SA.

[...]

V. MANIFESTACIONES Y COMPROMISOS DE LAS PARTES

La parte vendedora manifiesta que las acciones objeto del presente contrato han sido suscritas y se encuentran íntegramente desembolsadas, así como que no existen obligaciones pendientes de cumplimiento.

La parte vendedora manifiesta que las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2011 han sido preparadas de acuerdo con la ley aplicable y con las prácticas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Andina, representan en todos sus aspectos sustanciales la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la HUACA, SA y no contienen ninguna afirmación incierta o ningún hecho sustancial que pueda inducir a error. Todas las provisiones necesarias que se derivan de la contabilidad y los procedimientos financieros y que se exigen por los principios de contabilidad generalmente aceptados en Andina han sido incluidas en los Estados Financieros.

La parte vendedora manifiesta que a la fecha de firma del presente contrato de compraventa, HUACA, SA no se encuentra incurso en ningún tipo de litigio o arbitraje, o procedimientos administrativos o penales.

[...]

VIII. DERECHO APLICABLE

El presente contrato se regirá por lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los principios generales de los contratos comerciales internacionales, que resultarán aplicables a modo

de reglas de Derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia.

IX. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal arbitral estará formado por tres miembros. Cada parte podrá nombrar un árbitro, y el Presidente será nombrado por los otros dos árbitros. La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid actuará como autoridad nominadora. El arbitraje se desarrollará en español, y su sede será Matrice, Madre Patria.

Las partes:

Compradora:

NAZCA, S.A.

P.P. Pedro Serrano

Vendedora:

Atahualpa Inca

Huáscar Huallpa

Blas Valera

DOCUMENTO N° 5

Extractos de la Ley 23/2009, de 7 de abril de 2009, de Aguas, de Andina

Artículo 106 “Infracciones”

Se considerarán infracciones administrativas:

- a) El incumplimiento de las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley, sin perjuicio de su caducidad, revocación o suspensión,
- b) La ejecución sin la debida autorización administrativa, de obras, trabajos, siembras o plantaciones en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso,
- c)
- d)
- e)
- f) Los vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones desagüe del cauce receptor realizados sin contar con la autorización correspondiente.

Artículo 107 “Clasificación de infracciones”

Las infracciones se clasificarán en leves, menos graves, graves o muy graves, atendiendo a su transcendencia respecto de la seguridad de las personas, bienes, circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación, beneficio obtenido y el deterioro producido en la calidad de las aguas, pudiendo imponerse sanciones con las siguientes multas:

- Infracciones leves, multa de hasta 50.000 euros
- Infracciones menos graves, multa entre 50.001 y 250.000 euros
- Infracciones graves, multa entre 250.001 a 500.000 euros
- Infracciones muy graves, multa entre 500.001 hasta 1.000.000 euros

Artículo 108 “Indemnizaciones por daños y perjuicios al dominio público del agua”

Con independencia de las infracciones que le sean impuestas conforme al art. 107 de la presente Ley, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público del agua, así como a reponer las cosas a su estado anterior. El órgano sancionador fijará ejecutoriamente las indemnizaciones que procedan.

DOCUMENTO N° 6

Fecha: 18.05. 2012 19:58:00

A: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>, Huáscar Huallpa
<hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

Asunto: Situación patrimonial de la sociedad

Estimados Atahualpa, Huáscar y Blas:

Os escribo en relación con la adquisición de HUACA a 17 de mayo de 2012, ayer, HUACA ha recibido una notificación de apertura de expediente sancionador del Ayuntamiento estableciendo una sanción valorada en 550.000 euros como consecuencia de un vertido de residuos realizado por HUACA en el río Topama a su paso por la ciudad de Yahuaropampa, en los meses de septiembre a diciembre de 2011.

Nos hemos quedado estupefactos ante los hechos y enseguida nos hemos puesto en contacto con la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Yahuaropampa, quienes entre otros, nos han informado, que vosotros a 23 de febrero del año corriente ya teníais conocimiento de la apertura de una investigación, debido a que los técnicos que regularmente toman muestras del río, habían comprobado entre los meses de septiembre y diciembre de 2011 unas inusuales elevaciones de residuos contaminantes en las inmediaciones del establecimiento de HUACA.

No entendemos que no nos informarais al respecto en su momento, cuando iniciamos las negociaciones. Si no nos habéis informado de esto, la pregunta es qué nos queda aún por descubrir. Con semejante incertidumbre no es posible planificar ni la inversión en, ni la integración de la sociedad en nuestro grupo. Esperamos con urgencia vuestra respuesta, y que asumáis las consecuencias de estos hechos que tuvieron además lugar mucho antes de la adquisición por nuestra parte de HUACA o en caso contrario, querríamos deshacer la transacción y que nos devolváis el dinero.

Un saludo,

Pedro Serrano

DOCUMENTO N° 7

Fecha: 23.05.2012 19:58:00

A: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

De: Atahualpa Inca ainca@goimail.com

Cc: Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad

Estimado D. Pedro:

Hemos leído y discutido su correo. Sinceramente, no damos crédito de lo que nos cuentan. Es cierto, que a 27 de febrero fuimos informados de la apertura de un expediente de investigación al quedar constatado unos elevados niveles de contaminación en el río de Topama. HUACA mientras ha estado en nuestras manos, ha contado siempre con la pertinente autorización para el vertido de residuos, tal y como lo dispone la legislación vigente. HUACA siempre ha cumplido con los límites cuantitativos y cualitativos impuestos por la autorización a razón del plan hidrológico. Por ello, en su momento no le dimos mayor importancia a la investigación iniciada por los técnicos del ayuntamiento y seguimos sin poder creer que la apertura del expediente sancionador que nos anuncian vaya a traer consecuencia alguna.

Esperamos haber resuelto satisfactoriamente sus dudas.

Reciba un cordial saludo,

Atahualpa Inca

Huáscar Huallpa

Blas Valera

DOCUMENTO N° 8

NAZCA, S.A.

Informe Pericial

8 de junio de 2012

KPMG Asesores, S.L.

Este informe contiene 5 páginas

Anexos incluidos más Documentos

Ref.: Nazca_8j12_myfe_idef

1 Resumen ejecutivo y conclusiones

Este Informe Pericial ha sido elaborado por KPMG Forensic a petición de Nazca, S.A. (en adelante, Nazca o el Comprador) a efectos de que pueda ser incorporado en el marco del Procedimiento Arbitral que prevee iniciar Nazca contra Chancas, S.L. (en adelante Chancas o el Vendedor) en relación a la transacción de la compañía Huaca, S.A. (en adelante Huaca o la Sociedad). En este contexto el comprador ha solicitado nuestra actuación como Experto Independiente con el doble objetivo de que:

- Determinemos si, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, a nuestro juicio, el Patrimonio Neto de la Sociedad que se desprende de las Cuentas Anuales Auditadas de 31/12/2011, debería haber sido ajustado como consecuencia de la posible sanción que la Sociedad podría recibir del Ayuntamiento como consecuencia del vertido de residuos.
- En caso de concluir afirmativamente en el punto anterior, cuantifiquemos el Patrimonio Neto Ajustado de Huaca a 31 de diciembre de 2011.
- Calculemos las inversiones realizadas por la Sociedad en el contexto de la transacción, las cuales, en el caso de la resolución de la compra-venta, no serían recuperadas por el Comprador.

En relación con el registro contable de la posible sanción por contaminación del Río Topama

- El Plan General de Contabilidad de Andina, en vigor desde el 3 de enero de 1997, define pasivos como *“las obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones”*. Asimismo, la norma de valoración 17 determina que *“la empresa reconocerá como provisiones los pasivos que, cumpliendo la definición legal en el apartado de normas de valoración, resulten indeterminados respecto a su importe o a la fecha en que se cancelarán”*. *“De acuerdo con la información disponible en cada momento, las provisiones se valorarán en la fecha de cierre del ejercicio, por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario para cancelarlo”*
- Por ello entendemos que, en la medida en que la contaminación del Río Topama a su paso por la ciudad de Yahuarpampa, como consecuencia de los vertidos realizados por Huaca de residuos, tuvo lugar entre septiembre y diciembre de 2011, y que en ese período la Ley 23/2009, de 7 de abril de 2009, de Aguas establecía sanciones por dichos actos, con una multa de hasta 1.000.000 de euros, la Sociedad debía haber hecho su mejor estimación sobre el importe que debería pagar como multa exigida por el Ayuntamiento.

A pesar de que la notificación del Ayuntamiento estableciendo una posible sanción valorada en 550.000 de euros (a razón de 400.000 euros por infracción y 150.000 euros de gastos de reparación del daño ocasionado) está fechada el 17 de mayo de 2012, el hecho desencadenante de la sanción había ocurrido antes del cierre del ejercicio, y por tanto **la Sociedad debía haber contabilizado una provisión en las cuentas anuales del ejercicio 2011.**

- Con el fin de determinar la necesidad o no de ajustar el valor contable de Huaca a 31 de diciembre de 2011, hemos procedido a enviar una carta a los abogados externos de Huaca, que han sido contratados por la Sociedad en relación con este asunto,

- Es por esto que consideramos que a **31 de diciembre de 2011 la Sociedad debería tener registrada una provisión** por este concepto, la cual debería ascender a **550.000 de euros**.
- En la medida en que el Auditor recibió una Carta de Manifestaciones firmada por la Gerencia de la Sociedad en la que le garantizaban no haberle ocultado ningún hecho de carácter medioambiental, esto no pudo haber sido recogido por el Informe del Auditor relativo a las cuentas anuales de 31 de diciembre de 2011, a pesar de que era un hecho existente al cierre del ejercicio 2011.

En relación con el Patrimonio Neto Ajustado de Huaca a 31 de diciembre de 2011

- Partiendo de los estados financieros de Huaca que sirvieron de base para la determinación del precio de la transacción hemos realizado un ajuste por 550.000 euros en lo que a la provisión se refiere, concluyendo que el Patrimonio Neto de la Sociedad a 31 de diciembre de 2011 ascendía a 1.276.026 euros.
- Un detalle del mismo es como sigue:

	31/12/2011	
Balance (miles de €)	31/12/2011	(corregido)
A-1) Fondos Propios	1.826.026	1.276.026
Capital	1.200.000	1.200.000
Reservas	540.000	540.000
Resultados ejercicios anteriores	35.450	35.450
Resultado del ejercicio	50.576	(499.424)
A-2) Ajustes por cambios de valor	0	0
A-3) Subvenciones, donaciones	0	0
Patrimonio Neto/Valor Contable	1.826.026	1.276.026

En relación con las inversiones realizadas por la Sociedad en el contexto de

A continuación detallamos los gastos incurridos por Nazca en relación con la compraventa de Huaca¹, los cuales suponen un sobre-coste o un coste adicional para Nazca, los cuales no hubieran tenido lugar de no haberse producido el contrato de compraventa.

Un detalle de los mismos, cuyo total asciende a **2.573.864,9 euros** es como sigue:

- Precio pagado por las acciones: 2.556.436,4 euros.
- Gastos de abogados para la elaboración del contrato: 7.865,0 euros
- Horas del personal dedicado a las negociaciones con Chancas: 1.654,3 euros
- Gastos de viaje de los directivos de la Compradora para las diferentes reuniones de negociación entre las partes: 7.909,2 euros

Cuadro 1.: Cálculo del precio de restitución y daño emergente incurrido por Nazca (importes expresados en euros)

Concepto/ Proveedor	Nº Factura	Nº Factura	Importe (€)
Precio de la inversión			2.556.436,4
Artua Abogados	Gastos abogados(horas, minutas y suplidos)	2546	7.865,0
Horas de directivos de Nazca			1.654,3
Viajes Mara	Gastos de viaje	2345-A	2.450,4
Gastos de viaje	Gastos de viaje pagados con tarjeta(taxi, comidas...)	n/a	5.458,8
Total			2.573.864,9

Fuente: Análisis realizado por KPMG.

¹ Un detalle de los procedimientos realizados para la determinación de estos costes figura en la sección 5 de este Informe Pericial.

DOCUMENTO N° 9

Fecha: 11.06. 2012 02:20:00

A: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>, Huáscar Huallpa
<hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad

Estimados Atahualpa, Huáscar y Blas:

La respuesta recibida no sólo es inaceptable, sino que refleja que, en este asunto, no sólo la falta de asunción de las culpas que corresponden, sin que además ha habido mala fe desde el principio, como lo demuestra el hecho de que no nos informaran de la investigación.

Su respuesta nos llevó a plantearnos si podía existir algún problema serio. Para asegurarnos solicitamos una auditoría a fondo, con el fin de determinar si, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, el Patrimonio Neto de la Sociedad que se desprende de las Cuentas Anuales Auditadas de 31/12/2011, debería haber sido ajustado como consecuencia de la posible sanción que la Sociedad podría recibir del Ayuntamiento como consecuencia del vertido de residuos.

En la auditoría que encargamos se puso de manifiesto casi inmediatamente que había problemas graves no debidamente reflejados en la situación financiera de la sociedad. En concreto, incumpliendo el plan general de contabilidad no se había incluido como pasivo oculto la cantidad que podía suponer la sanción. Todo ello daba lugar a unos pasivos ocultos por valor de 550.000 euros, lo que consecuentemente reduce el valor real de la sociedad en esa cantidad. A ello se añade la desconfianza e incertidumbre que esto genera, pues no podemos estar seguros de si éste es el último capítulo del problema, o aún habrá más. Así no podemos planificar nuestras decisiones de inversión.

Lógicamente, estas no son las condiciones que negociamos en su día. Los pasivos ocultos deberían reflejarse en el precio de venta. Nos vemos obligados a requeriros que asumáis las consecuencias de vuestras acciones pasadas (como mínimo la sanción del Ayuntamiento) o, en caso contrario, querríamos deshacer la transacción.

Por favor, responded cuanto antes.

Pedro Serrano

DOCUMENTO N° 10

Fecha: 11.06.2012 19:58:00

A: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

De: Atahualpa Inca ainca@goimail.com

Cc: Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad

Estimado D. Pedro Serrano:

La situación patrimonial de la sociedad no es tan grave como apuntan, y dudamos de la objetividad del análisis realizado. Es cierto que existían algunos problemas, pero no tan graves como para apuntar a una valoración tan baja. En todo caso, lo que es preciso tener en cuenta para valorar una empresa es la capacidad de generar beneficio futuro, y eso HUACA lo tiene sobradamente.

Por último, tenemos que recordarle que el precio, en este caso, se fijó mediante una oferta suya, que nosotros aceptamos, en condiciones de mercado. No podemos hacernos responsables de la situación, ni ofrecer rebajas, ni, mucho menos, deshacer la transacción. Espero que nuestra postura resulte lo suficientemente clara. Si se detiene a pensar, llegará a la misma conclusión.

Reciban un cordial saludo,

Atahualpa Inca

Huáscar Huallpa

Blas Valera

DOCUMENTO N° 11

Fecha: 13.06. 2012 02:20:00

A: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>, Huáscar Huallpa
<hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Pedro Serrano <pserrano@nazca.cer>

Asunto: Re: Situación patrimonial de la sociedad

Estimados Atahualpa, Huáscar y Blas:

El presente correo tiene como objetivo salvaguardar nuestros derechos. Os comunico, por tanto, que, desde ahora, damos por resuelto el contrato. Las acciones de HUACA están a vuestra disposición previo reintegro del precio. Si en el plazo de 15 días naturales no hemos recibido el precio, más una indemnización de 17.428,5 euros, por los perjuicios causados, iniciaremos acciones legales.

Atentamente,

Pedro Serrano

DOCUMENTO N° 12

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D^a. XXX DECLARA:

1. Que ACEPTO actuar como árbitro en el procedimiento arbitral entre NAZCA SA y CHANCAS SL.
2. Que CONOZCO el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y, en particular, sus artículos 11, 12 y 13.
3. Que CONFIRMO mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y me comprometo a fijar mis honorarios conforme a lo dispuesto por la autoridad nominadora acordada por las partes y en particular, por lo establecido a tales efectos en el Estatuto y el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
4. Que POSEO las calificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la CNUDMI y no estoy impedido de iure o de facto para el ejercicio de mis funciones como árbitro.
5. Que SOY INDEPENDIENTE de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 12 del Reglamento de la CNUDMI.
6. Que me COMPROMETO a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 13 de julio de 2012

Firma del Árbitro

**TRIBUNAL *AD HOC*: RESPUESTA A
LA NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE****NAZCA SA c. CHANCAS SL**

D. Lloque Yupanqui, abogado, actuando en nombre y representación de CHANCAS SL formula, dentro del plazo conferido a tal fin y de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de la CNUDMI

RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE**I. IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE**

1. CHANCAS SL, con el nombre comercial CHANCAS (en adelante, CHANCAS) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (98) 986 96 45 33, (98) 986 89 45 34 e info@chancas.an.

2. En el presente procedimiento, CHANCAS se encontrará representada por D. Lloque Yupanqui, con domicilio en Calle Parmunca, no. 28, Andina, tel. (33) 986 45 77, fax (33) 986 45 78, correo electrónico yupanqui@chancas.an y sus datos de contacto coinciden con los de CHANCAS. Se acredita la representación mediante el DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD N° 1.

II. BREVES ALEGACIONES SOBRE LA DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA EFECTUADA POR EL DEMANDANTE

3. Es necesario indicar que los documentos aportados por la parte demandante resumen correctamente el curso de las negociaciones, la transacción celebrada entre las partes y los problemas subsiguientes.

4. El problema, por tanto, reside en la lectura que la parte contraria realiza de los mismos hechos. En opinión de esta parte, la adquisición de una empresa es un supuesto distinto, con elementos distintos, a la adquisición de una serie de mercancías, por más que se instrumentalice a través de la adquisición de unos bienes como pueden ser las acciones.

5. La insustituibilidad de la empresa, la complejidad de la actividad empresarial, de las conexiones entre los activos que la integran, determinan el modo en el cual comprador y vendedor deben aproximarse a la transacción. Por un lado, la especificidad de una empresa como objeto de un contrato hace difícil hablar de obligaciones implícitas de conformidad a cargo de la parte vendedora, que excedan de la transmisión de las acciones en condiciones que permitan el control de la actividad. Todo ello, hace completamente desaconsejable aplicar algunas de las disposiciones de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

6. Es del todo incorrecto que HUACA realizara vertidos de residuos de aceites en el río Topama. La demandada no discute que los técnicos de la concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Yahuarpampa en los meses de septiembre a diciembre de 2011 tomaran muestras del río Topama a su paso por la ciudad Yahuarpampa y que el resultado de las pruebas mostró el vertido de residuos más elevados de lo esperado. Mi cliente, no obstante, niega que dichos vertidos procedan de las instalaciones de HUACA. De hecho, el expediente sancionador no contiene pruebas fiables que demuestren que el origen de los vertidos se deba a cualquiera mala praxis por parte de HUACA. Resulta por tanto, incomprensible y arbitraria la suspensión cautelar de las actividades de HUACA emitida por el Ayuntamiento de Yahuarpampa. Tampoco, mi representada incumplió ninguna obligación de información, pues la iniciación del expediente sancionador era totalmente infundada y en ningún momento consideró que pudiera prosperar.

7. HUACA detenta una autorización de vertido conforme a la legislación vigente y ha estado al menos, hasta el momento de la celebración de la compraventa, al corriente del pago del correspondiente canon.

8. Mi representada desconoce si algún cambio del plan hidráulico exige en la actualidad una reducción cuantitativa de los vertidos. En ningún caso, dicha necesidad se puso en conocimiento de mi representada, mientras detentaba la titularidad del 100 por 100 de las acciones de HUACA.

9. HUACA siempre ha manifestado su firme compromiso con el medio ambiente. Recientemente, ha patrocinado junto con otras entidades un estudio técnico realizado por la Universidad de Yahuarpampa para detectar malas prácticas ambientales en el entorno del río Topama y ayudar así a proteger su ecosistema.

10. La parte vendedora estima que la solidez del modelo de negocio de HUACA justifica el pago de un 140% del valor contable de la sociedad, pues una vez resueltos los problemas legales, la sociedad es plenamente operativa, y capaz de seguir generando beneficios. En cuanto a la influencia de la Convención de Viena para la determinación de la responsabilidad, ver las alegaciones relativas a la “Ley Aplicable”.

11. Aun en el caso de que el tribunal encontrase que la parte vendedora debe hacerse responsable del estado patrimonial de la empresa vendida, la reclamación de resolución y daños y perjuicios de la parte demandante es claramente desproporcionada. Ninguno de los hechos expuestos lleva a pensar que la demandante vaya a verse completamente impedida para realizar la actividad empresarial.

III. CONVENIO ARBITRAL Y NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

12. Esta parte se muestra de acuerdo con la demandante en cuanto a la validez y eficacia del convenio arbitral inserto en el contrato de compraventa de acciones.

13. En ejercicio del derecho que le asiste en virtud del artículo 9.1 del Reglamento de la CNUDMI esta parte nombra a D. YYY como árbitro del Tribunal Arbitral. Se adjunta

su declaración de independencia e imparcialidad como DOCUMENTO DE RESPUESTA DE LA SOLICITUD N° 2.

IV. LEY APLICABLE

14. Aunque es cierto que las partes suscribieron una cláusula donde se indicaba la aplicación de la Convención de Viena al contrato de compraventa, esta parte disputa que la citada Convención, así como el Derecho Uniforme surgido por inspiración de ella, pueda resultar aplicable al contrato en la misma medida en que se aplica a un contrato de compraventa sobre objetos tangibles.

15. Si bien en las cuestiones relativas a la formación del contrato las reglas de la Convención no plantean problemas, sí los supone la asunción por la Convención de una serie de obligaciones implícitas de conformidad. En este punto esta parte sostiene que las reglas de conformidad de la Convención de Viena no están concebidas para una compraventa de empresa. Puesto que la especificidad del bien adquirido, y las preferencias individuales del comprador son tan relevantes en una compraventa de empresa, no es posible establecer el “uso ordinario” o el “uso específico” al que se destinará la empresa, del mismo modo que no cabe aplicar las disposiciones sobre “envase o embalaje”, por cuanto se trata de conceptos creados a partir de la compraventa de mercaderías. Ello hace necesario recurrir a los principios de *caveat emptor* y de *arm's length*, y excluir así las reglas de conformidad de la Convención. Ésta es la solución adoptada por el Derecho de sociedades interno de Andina, donde está domiciliada la sociedad objeto de venta (DOCUMENTO DE RESPUESTA DE LA SOLICITUD N° 3).

16. Sólo si fuese posible realizar una interpretación correctora de la Convención, y el Derecho Uniforme inspirado en la misma, que tenga en consideración estos elementos, los mismos podrían aplicarse. En caso contrario, la Convención no podría aplicarse, por tratarse de cuestiones no cubiertas por la Convención, y que no pueden resolverse mediante el recurso a sus principios.

V. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

17. Esta parte solicita al tribunal arbitral:

- Que acepte la competencia para conocer de la presente disputa.
- Que, contrariamente a lo reclamado por la parte demandante, declare que la Convención no resulta aplicable a la responsabilidad del vendedor por los bienes objeto de venta.
- Que, con independencia del Derecho aplicable, declare que la parte vendedora no incurrió en un incumplimiento de contrato, ni puede ser encontrada responsable por la situación patrimonial de la sociedad alegada por la demandante.

- Que, aun en el caso de ser encontrada la parte vendedora responsable, la gravedad del supuesto incumplimiento nunca habría otorgado a la parte demandante el derecho a resolver el contrato, y que, por tanto, la notificación de fecha 13/06/2012 no constituye un incumplimiento esencial, que le concediera el derecho a ejercitar las correspondientes acciones legales.
- Que, aun en el caso de entender que esta parte debe ser responsable por un incumplimiento de contrato, la indemnización reclamada no puede, en ningún caso, ascender a la suma solicitada por la parte demandante.

En Yahuarpampa, Andina, a 14 de agosto de 2012

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN N° 1

D. Atahualpa Inca en su calidad de Consejero Delegado de CHANCAS SL autoriza a D. Lloque Yupanqui para que asuma la defensa jurídica de NAZCA SA C. CHANCAS SL. en el procedimiento arbitral iniciado por NAZCA SA.

Lo hago constar a todos los efectos oportunos.

D. Atahualpa Inca

Consejero Delegado de CHANCAS SL

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN N° 2

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

D. YYY DECLARA:

Soy y seguiré siendo imparcial e independiente de las partes en litigio. A mi leal saber y entender, no existe circunstancia alguna, pasada o actual, que pueda motivar dudas justificables acerca de mi imparcialidad o independencia. Me comprometo, por la presente, a notificar sin dilación a las partes y a los demás árbitros toda circunstancia de esa índole que pueda llegar, en lo sucesivo, a mi conocimiento en el curso de este arbitraje.

Confirmando, de acuerdo con la información de que dispongo en este momento, que puedo dedicar el tiempo necesario para realizar este arbitraje con diligencia y eficacia y respetando los plazos establecidos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

Me comprometo a fijar mis honorarios conforme a lo establecido en el Estatuto y Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, autoridad nominadora acordada por las partes.

En Matrice a 10 de agosto de 2012

Firma del Árbitro

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA NOTIFICACIÓN N° 3

Extractos relevantes del Derecho de la República de Andina

Extractos del Código Civil de Andina:

Artículo 386

1. *El vendedor estará obligado al saneamiento en razón de los defectos ocultos de la cosa vendida que la hicieran impropia para el uso al cual estaba destinada, o que disminuyeran de tal manera dicho uso, que el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera pagado un precio menor, si los hubiera conocido.*
2. *El vendedor no estará obligado con respecto a los vicios aparentes y de los cuales el comprador pudo convencerse por sí mismo.*

Artículo 390. Responsabilidad por defectos en caso de conjuntos de bienes y derechos

1. *El que venda un conjunto de bienes y derechos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general; pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo que afecten a la mayor parte.*
2. *En caso de venta de empresa, sólo existirá responsabilidad cuando la evicción o los defectos afecten de manera decisiva al desarrollo de la actividad, y no habrían resultado aparentes a un comprador que ejercitase la diligencia exigible a un ordenado empresario.*

Extractos del Código de Comercio de Andina:

Artículo 567. Aportación de empresa

1. *Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto en los términos establecidos para la compraventa de empresa en el Código civil.*
2. *También procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial.*

Artículo 570. Informe de experto independiente

1. *En los casos donde la sociedad emita acciones a cambio de aportaciones no dinerarias éstas deberán someterse a la valoración específica por un experto independiente.*
 2. *El informe del experto no será necesario en los siguientes casos:*
 - (a) *Cuando los bienes consistan en valores mobiliarios que posean un precio oficial*
 - (b) *Cuando el valor razonable de los bienes se hubiese determinado en los tres meses anteriores mediante informe de experto independiente no designado por las partes*
- [...]

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ANDINA, CASO *ACLLAHUASI C. PACHACÁMAC*, DE 2 DE JUNIO DE 2009, REP. JUR. 2009/678

“[...]

II. Es ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal (nos referimos entre otras las sentencias de 14 de agosto de 2007, Mama Runtu c Pachacutec, REP. JUR. 2007/1003; o 27 de marzo de 2008, Mayta c Sacsayhuaman, REP. JUR. 2008/473) que, para la interpretación de los deberes y responsabilidad de las partes en un contrato de compraventa de acciones, cuando el objetivo del mismo es la transmisión de la empresa o conjunto de bienes y derechos, debemos remitirnos a las disposiciones que regulan en el Código civil la responsabilidad por defectos en la transmisión de empresas y otros conjuntos de bienes, y que remiten, en relación con la conducta de la parte compradora, al estándar de un “ordenado empresario”.

Qué debe entenderse, en este caso, por un “ordenado empresario”, podemos determinarlo por referencia a las disposiciones relativas a la contraprestación no dineraria en la emisión de acciones. En aquellos casos donde la sociedad entrega acciones a cambio de bienes se exige del aportante que someta los bienes a la valoración de un experto independiente.

*Si bien en el caso de emisión de acciones es la ley la que exige la valoración de un experto **por quien entrega el bien o conjunto de bienes**, y en ese caso se justifica por la protección de los terceros que contraten con la sociedad, en el caso de una compraventa de empresa, donde rige en su mayor amplitud el principio de “caveat emptor”, parece razonable exigir un estándar semejante **del comprador**, como paso previo a otorgarle la protección del ordenamiento.*

Esta valoración es coherente con el principio de diligencia debida, exigible en la adquisición de conjuntos de bienes, y debe ser específica para dicha adquisición, pues, si seguimos el texto de la ley en materia de Informe de experto, el mismo no debe ser designado por las partes, de modo que no basta que el comprador confíe en el informe de auditoría exigible por la ley para las cuentas anuales, por cuanto la diligencia de un adquirente no puede limitarse a comprobar que la sociedad cumple el mínimo legal establecido por el orden societario”.

CARTA CONJUNTA DE LAS PARTES A LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE MADRID

14 de septiembre de 2012

A la atención de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid

La presente carta tiene como objeto que la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (en adelante, Corte de Arbitraje de Madrid) ejerza sus funciones como Autoridad Nominadora en virtud de lo dispuesto por el convenio arbitral suscrito por las partes, e incluido como cláusula del contrato de compraventa que sirve de base para la presente controversia, así como de los artículos 6.1, 8 y 9 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010) y del art. 2 d) del Estatuto de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (en vigor desde el 20 de noviembre de 2008).

La cláusula arbitral anteriormente referida establece lo siguiente:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal arbitral estará formado por tres miembros. Cada parte podrá nombrar un árbitro, y el Presidente será nombrado por los otros dos árbitros. La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid actuará como autoridad nominadora. El arbitraje se desarrollará en español, y su sede será Matrice, Madre Patria”.

Se acompaña al presente escrito copia del Contrato en el que se incluye la cláusula arbitral antecitada.

De acuerdo con lo dispuesto en dicha cláusula, así como en el artículo 9.1 del Reglamento de la CNUDMI, la parte demandante, NAZCA SA, procedió a nombrar a D^a. XXX, el árbitro de parte que por Derecho le correspondía, en el momento de presentar la notificación de arbitraje; esto es, en fecha 16/07/2012; y adjuntó la declaración de independencia e imparcialidad del mismo.

Del mismo modo, la parte demandada, CHANCAS SL, procedió a nombrar a D. YYY como árbitro de parte, y, en el momento de presentar la respuesta a la notificación de arbitraje, en fecha 14/08/2012, adjuntó la declaración de independencia e imparcialidad del mismo.

Siguiendo lo establecido en la cláusula arbitral, así como en lo dispuesto en el artículo 9.1 del Reglamento de la CNUDMI, en cuanto no resultase incompatible con la cláusula, ambos árbitros intentaron, nombrar al tercer árbitro, que ejercería de presidente, sin que hasta la fecha y habiendo transcurrido 30 días desde el nombramiento del segundo árbitro, haya existido acuerdo sobre la elección del árbitro presidente.

Por ello, y siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, así como en la propia cláusula, las partes acuden en virtud de lo dispuesto

en el art. 9.3 del citado Reglamento a la Corte de Arbitraje de Madrid, para que, en ejercicio de sus competencias como autoridad nominadora, proceda a comunicar a las partes una lista idéntica que contenga al menos tres nombres, para que, transcurridos 15 días, las partes la devuelvan tras haber suprimido el nombre o los nombres que merecen objeción y enumerado los nombres restantes de la lista en orden de preferencia; y, sobre esta base, la autoridad nominadora nombre al árbitro que ejercerá de presidente.

Se adjunta la notificación al arbitraje y su respuesta conforme a lo previsto en el art. 6.6 del Reglamento de Arbitraje de CNUDMI.

Muy atentamente,

D. Garcilaso de la Vega

D. Lloque Yupanqui

CARTA A ENVIAR POR MENSAJERO CON ACUSE DE RECIBO

Matrice, 18 de septiembre de 2012

D^a ZZZ

Procedimiento arbitral *ad hoc*, bajo el Reglamento de la CNUDMI (2010)

Estimada Ábitro,

Por la presente le informo que las D. Garcilaso de la Vega y D. Lloque Yupanqui, han solicitado a la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid que actúe como Autoridad Nominadora en el procedimiento arbitral *ad hoc* entre las partes NAZCA SA y CHANCAS SL.

Adjunto le remitimos toda la información relevante.

La Comisión de Designación de Árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid, de conformidad con el artículo 2.d) de los Estatutos de la Corte y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010) le ha designado como Ábitro Presidente en el procedimiento arbitral antedicho.

Le rogamos que tome nota que la Corte de Arbitraje de Madrid **no administrará el mencionado procedimiento**, habiendo actuado exclusivamente como Autoridad Nominadora, de acuerdo al artículo 2.d de su Reglamento. No obstante, los solicitantes nos ha trasladado su petición de que sus honorarios se adecuen en la medida de lo posible a los establecidos para los árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid, tal y como establece el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Puede encontrar un calculador de honorarios en nuestra página web: <http://www.arbitramadrid.com>

Asimismo, le rogamos contacte con la representación de las empresas solicitantes, cuyos datos le facilitamos a continuación, para una mayor información sobre los detalles del procedimiento y los plazos de aceptación:

Demandante: NAZCA SA; representante legal: D. Garcilaso de la Vega

Calle Quijote, no. 45, ciudad de Barataria;

Calle Sancho, 369, ciudad de Barataria

Tel. (76) 943 32 85, Fax (76) 943 32 86, E-mail info@nazca.cer /

Tel (76) 943 54 22, Fax (76) 943 54 23, E-mail gvega@garcilasoabogados.cer.

Demandada: CHANCAS SL

Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina

Tel. (98) 986 96 45 33, Fax (98) 986 89 45 34, E-mail info@chancas.an

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para saludarle atentamente

CARTA A LAS PARTES A ENVIAR POR CORREO ELECTRÓNICO

A la Atención de D. Garcilaso de la Vega
En representación de **NAZCA SA**

A la Atención de D. Lloque Yupanqui
En representación de **CHANCAS SL**

C/C D^a XXX, árbitro nombrado por la demandante
D. YYY, árbitro nombrado por la demandada

Matrice, 28 de septiembre de 2012

Procedimiento arbitral 445/2012 *ad hoc*, bajo el Reglamento de la CNUDMI (2010)

Nos es grato comunicarles que la Comisión de Designación de Árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid actuando en calidad de autoridad nominadora conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010) y después de haber actuado de acuerdo con el sistema de lista dispuesto en el art. 8.2 del citado Reglamento ha designado para resolver el arbitraje que nos ha sido sometido a Dña. ZZZ como Presidenta del tribunal arbitral.

Les rogamos tomen nota de que la Corte de Arbitraje de Madrid no administrará el mencionado procedimiento, habiendo actuado exclusivamente como Autoridad Nominadora, de acuerdo al artículo 2.d de los Estatutos de la Corte.

A continuación, les facilitamos los datos de la Árbitro Presidente, a fin de que procedan a contactar con ella para facilitarle los detalles del procedimiento y los plazos de aceptación.

Presidente arbitral

DÑA ZZZ

A los efectos de lo previsto en el Art. 17.2 del Reglamento de la CNUDMI, en consonancia con lo dispuesto en el art. 23 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, el Tribunal arbitral contactará a las partes, con el fin de acordar los distintos puntos de la 1ª Orden procesal.

Finalmente, les informamos que los honorarios de la Corte por su actuación como Autoridad Nominadora ascienden a la cantidad de 2.000 € (IVA incluido), por lo que les rogamos procedan a abonar los correspondientes honorarios, mediante cheque conformado a nombre de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid o mediante transferencia bancaria (La Caixa C.C.C: 2100 3059 92 2200893526), con el número de REFERENCIA 445/2012

Sin otro particular, les saluda atentamente,

**CARTA A ENVIAR A LAS PARTES POR CORREO ELECTRÓNICO Y
ORDINARIO. DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD
DEL ÁRBITRO**

A la Atención de D. Garcilaso de la Vega
En representación de **NAZCA SA**

A la Atención de D. Lloque Yupanqui
En representación de **CHANCAS SL**

C/C D^a XXX, árbitro nombrado por la demandante
D. YYY, árbitro nombrado por la demandada

Matrice, 28 de septiembre de 2012

D^a. ZZZ DECLARA:

1. Que **ACEPTO** actuar como árbitro presidente en el procedimiento arbitral entre NAZCA SA y CHANCAS SL.
2. Que **CONOZCO** el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y, en particular, sus artículos 11, 12 y 13.
3. Que **CONFIRMO** mi aptitud y disponibilidad para actuar como árbitro de conformidad con todos los requisitos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y me comprometo a fijar mis honorarios conforme a lo dispuesto por la autoridad nominadora acordada por las partes y en particular, por lo establecido a tales efectos en el Estatuto y el Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid.
4. Que **POSEO** las calificaciones necesarias para actuar como árbitro de conformidad con la legislación vigente y el Reglamento de la CNUDMI y no estoy impedido de iure o de facto para el ejercicio de mis funciones como árbitro.
5. Que **SOY INDEPENDIENTE** de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 12 del Reglamento de la CNUDMI.
6. Que me **COMPROMETO** a mantener el secreto y la más estricta confidencialidad sobre el procedimiento arbitral y el laudo.

En Matrice a 26 de septiembre de 2012

D^a ZZZ

ORDEN PROCESAL N° 1

Arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), así como bajo el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, en la medida que este último no contravenga lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)

Demandante: NAZCA SA

Calle Quijote, no. 45, ciudad de Barataria; Calle Sancho, 369, ciudad de Barataria tel. Tel. (76) 943 32 85, Fax (76) 943 32 86, E-mail info@nazca.cer / Tel (76) 943 54 22, Fax (76) 943 54 23, E-mail gvega@garcilasoabogados.cer.

Demandada: CHANCAS SL

Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 986 96 45 33, Fax (98) 986 89 45 34, E-mail info@chancas.an. / yupanqui@chancas.an

Matrice, 5 de octubre 2012

La presente controversia arbitral tiene lugar entre NAZCA SA y CHANCAS SL.

El Tribunal Arbitral, de acuerdo con el art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, emite la presente Orden Procesal, por la que se fija el calendario provisional del arbitraje. En este sentido, el Tribunal Arbitral establece:

1. Que tanto la parte demandante como la parte demandada podrán solicitar aclaraciones sobre los hechos del caso hasta el día 20 de octubre de 2012. Una vez presentadas las solicitudes de aclaraciones, el Tribunal Arbitral emitirá una Orden Procesal, en la cual figurarán las respuestas a las solicitudes de aclaración que resulten pertinentes para la resolución de la controversia.
2. Que la parte demandante deberá presentar su escrito de demanda en fecha no posterior al 14 de diciembre de 2013.
3. Que la parte demandada deberá presentar su escrito de contestación a la demanda en fecha no posterior al 4 de febrero de 2013.
4. Una vez entregados los escritos de demanda y contestación a la demanda las partes quedarán emplazadas para las sesiones de vista oral, que tendrán lugar en Matrice, durante los días 15 a 19 de marzo de 2013.
5. Que la parte demandante y demandada deberán limitarse, tanto en sus escritos de demanda y contestación como en la vista oral, a discutir los asuntos siguientes:

- Si la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías resulta aplicable al contrato de compraventa de acciones celebrado entre NAZCA y CHANCAS el 2 de mayo de 2012.
- Si la parte demandada es responsable de un incumplimiento contractual consistente en la falta de conformidad de los bienes vendidos.
- Si la hipotética falta de conformidad daría a la parte compradora, en este caso demandante, el derecho a resolver el contrato, y, por tanto, si dicho derecho fue correctamente ejercitado mediante notificación de fecha 13 de junio de 2012.
- Si de la actuación de las partes se deriva algún tipo de responsabilidad por daños y perjuicios, y en qué cuantía se traduciría.

6. El idioma del arbitraje es el español y el lugar del arbitraje es Matrice.

7. Se emplearán los medios electrónicos para transmitir las comunicaciones. El correo electrónico a efectos de las comunicaciones será: mootmadrid@uc3m.es.

Fdo.

D^a. XXX

D^a ZZZ Presidenta del Tribunal Arbitral

D. YYY

**SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO, Y DE
AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA DEMANDA**

A la Atención del
Tribunal Arbitral,
Presidenta D^a ZZZ,
D^a XXX
D. YYY

C/Ce D. Lloque Yupanqui
En representación de CHANCAS SL.
C/C D. Atahualpa Inca
C/C D. Huáscar Huallpa
C/C D. Blas Valera

Barataria 15 de octubre de 2012

Muy Sres. nuestros:

Procedimiento arbitral n° 445/2012

En virtud de lo dispuesto en los artículos 3, 17.5, 22 y 24 del Reglamento de la CNUDMI, damos traslado a las partes de la Solicitud conjunta presentada por NAZCA SA y de TLÁLOC CORP. relativa a la participación de TLÁLOC CORP. en el presente procedimiento arbitral, así como a la ampliación subjetiva y objetiva del ámbito de la demanda.

Reciban un cordial saludo,

Garcilaso de la Vega
Abogado y representante legal de NAZCA SA y TLÁLOC CORP.

TRIBUNAL *AD HOC*:
NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE
NAZCA SA c. CHANCAS SL

**NOTIFICACIÓN DE SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN COMO PARTE EN
EL PROCEDIMIENTO Y DE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO Y
OBJETIVO DEL MISMO**

D. Garcilaso de la Vega, abogado, actuando en nombre y representación de las entidades NAZCA, SA y TLÁLOC CORP formula, de conformidad con los artículos 3, 17.5, 22 y 24 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la siguiente:

**SOLICITUD DE PARTICIPACIÓN COMO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO
Y DE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA
DEMANDA**

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS DEMANDANTES Y SU REPRESENTANTE

1. La sociedad NAZCA, SA (en adelante, NAZCA) ha sido debidamente identificada en el presente procedimiento.
2. La sociedad TLÁLOC CORP, con el nombre comercial TLÁLOC (en adelante, TLÁLOC) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Aztequia, con domicilio social en Calle Moctezuma, no. 87, ciudad de Tezcatlipoca. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (88) 847 44 57, (88) 847 44 60 e info@tlaloc.az. A efectos de notificaciones, sin embargo, se incluirán los datos de NAZCA.
3. TLÁLOC es una importante empresa en el sector de la alimentación de Andina, tanto en la producción como en la distribución. Su presencia es mayor en el mercado de productos como los aceites vegetales y mermeladas. En este mercado, participa conjuntamente con NAZCA en una filial de producción de aceites vegetales.
4. En el presente procedimiento ambas sociedades se encontrarán representadas por D. Garcilaso de la Vega, que ya ha sido identificado a los efectos del presente procedimiento, según se acredita mediante DOCUMENTO N° 1 DE LA SOLICITUD ADICIONAL.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS DEMANDADOS

5. La sociedad CHANCAS, SL (en adelante, CHANCAS) ha sido debidamente identificada en el presente procedimiento.
6. D. Atahualpa Inca es ciudadano de Andina, con domicilio en la calle Túpac Amaru, 47, ciudad de Yahuarpampa, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (98) 673 84 99 32, (98) 673 84 99 31, ainca@incaempresas.an. D. Atahualpa es un importante empresario en Andina, con intereses en el sector de la distribución, automoción y construcción.

7. D. Huáscar Huallpa es ciudadano de Andina, con domicilio en la calle Sinchi Roca, ciudad de Yahuarpampa, Andina. Su teléfono, fax y correo electrónico son, respectivamente, (98) 673 75 84 25, (98) 673 75 84 20 y hhuallpa@incaempresas.an. D. Huáscar Huallpa es un importante terrateniente, y propietario de grandes haciendas en el interior de Andina, así como de plantaciones de cacao, café y árboles frutales. Desde hace 15 años es socio de D. Atahualpa Inca en varias empresas de ambos.

8. D. Blas Valera tiene la doble nacionalidad de Andina y Aztequia. Su domicilio a efectos de notificaciones se encuentra en Urbanización Yahrar Huaca, villa Inca Roca, Sausa, Andina, su teléfono es (98) 654 87 65 33, y su correo electrónico bvalera@grandemail.com. D. Blas Valera es un importante abogado, y, además de ser su socio, ha representado legalmente los intereses de D. Atahualpa Inca y D. Huáscar Huallpa en numerosas ocasiones. Posee, por su parte, importantes intereses en el sector del turismo.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS QUE DAN LUGAR A LA PRESENTE SOLICITUD

9. El presente procedimiento fue iniciado a instancias de esta parte mediante presentación de Solicitud de Arbitraje, en fecha 16 de julio de 2012. En la iniciación del presente procedimiento esta parte, en ejercicio del derecho que le asiste en virtud del convenio arbitral suscrito por ambas partes, nombró a D^a. XXX como árbitro del Tribunal Arbitral.

10. Posteriormente, la parte demandada formuló su Respuesta a la Notificación de Arbitraje, y nombró a D. YYY como árbitro. La Presidenta del Tribunal, D^a. ZZZ, fue designada por la autoridad nominadora acordada por las partes, la Corte de Arbitraje de Madrid, en fecha 18 de septiembre de 2012, tras la petición por ambas partes mediante carta conjunta de fecha 14 de septiembre de 2012 con lo que quedó constituido el Tribunal Arbitral, que formuló su Orden Procesal N^o 1, en la que estableció las directrices del procedimiento en fecha 5 de octubre de 2012.

11. La presencia de TLÁLOC en el mercado de Andina, por su parte, data de 1987, muy anterior a los acontecimientos que dan lugar a la presente controversia. Desde ese momento TLÁLOC ha tratado de desarrollar su actividad en la producción y distribución de alimentos.

12. La coincidencia de intereses condujo a TLÁLOC a suscribir un “Acuerdo Estratégico” con CHANCAS, y con los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, en el año 1995. En dicho documento se acordaba que las partes se reunirían una vez cada seis meses para explorar posibilidades de colaboración estratégica y colaboración institucional en actividades propias del negocio, y colaterales, especialmente sin ánimo de lucro. Como parte del acuerdo suscrito por las partes, éstas se comprometían a consensuar previamente las posturas a adoptar en aquellas

sociedades de las que formasen parte, tanto en la junta de socios como en el órgano de administración, y, con ello, a votar en el mismo sentido.

13. Sin embargo, la parte más importante del acuerdo para el caso que nos ocupa se refiere a la exigencia de que todos los firmantes se comprometen, en caso de una decisión de desinversión consistente en la venta de acciones en alguna de las sociedades donde la participación total de los firmantes exceda del 15%, o de venta de activos de interés estratégico, a consultar previamente con el resto de los firmantes, y a ofrecerles la adquisición antes de iniciar negociaciones con terceros, así como a ofrecer a los firmantes un derecho de adquisición preferente al mismo precio que la mejor oferta de un tercero.

14. Dicho acuerdo fue renovado en 2010, y, si bien se mantuvo el contenido del mismo, se añadieron, por un lado, una cláusula de daños líquidos, donde se contemplaba una indemnización de 3.000.000 euros en caso de incumplimiento del acuerdo; y, por otro, una cláusula de arbitraje, en virtud de la cual toda disputa o controversia se sometería a un tribunal de 3 miembros bajo el Reglamento de la CNUDMI (DOCUMENTO N° 2 DE LA SOLICITUD ADICIONAL)

15. Sobre la base de este “Acuerdo Estratégico”, la sociedad TLÁLOC, por un lado, y los restantes firmantes del acuerdo, por otro, mantuvieron durante varios meses negociaciones para la transmisión de una participación significativa (50%) de la sociedad CHANCAS en HUACA. Estas negociaciones se tradujeron en un acuerdo de 07/03/2012, plasmado en dos correos electrónicos, de D. Tenoc Tlálóc, Consejero Delegado de TLÁLOC, y de D. Atahualpa Inca, en nombre de los demás firmantes (DOCUMENTOS N° 3 y 4 DE LA SOLICITUD ADICIONAL).

16. En dichos correos electrónicos se puso de manifiesto el acuerdo entre TLÁLOC, de un lado, y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, de otro, de realizar una compraventa del 50% de las acciones con derecho a voto de la sociedad HUACA, a un precio del 70% del valor contable por cada acción. TLÁLOC era consciente de determinados riesgos financieros en la actividad de HUACA y de determinadas prácticas llevadas a cabo por HUACA, que podrían resultar en posibles vulneraciones de normas medioambientales, si bien no de la magnitud de los mismos. Los vendedores mostraron su acuerdo con el precio.

17. Este acuerdo fue claramente incumplido en el momento en que D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera comenzaron las negociaciones con NAZCA. TLÁLOC mostró su interés en formalizar el acuerdo ya alcanzado en fecha 15/05/2012 (DOCUMENTO N° 5 DE LA SOLICITUD ADICIONAL). La única respuesta de los Sres. Atahualpa, Huáscar y Blas fue indicar que las acciones habían sido vendidas a un tercero, NAZCA en este caso (DOCUMENTO N° 6 DE LA SOLICITUD ADICIONAL). Si hubiesen informado a TLÁLOC de las negociaciones, como era su deber, TLÁLOC podría haber informado a NAZCA de la conclusión del acuerdo, y de su derecho sobre las acciones de HUACA.

18. La falta de información supuso, por un lado, el incumplimiento del Acuerdo Estratégico, por otro, no sólo la ruptura de unas negociaciones, sino el incumplimiento del acuerdo de compraventa ya suscrito.

19. Además, este proceder supuso que NAZCA firmase un contrato de compraventa sobre unos bienes que ya habían sido vendidos a TLÁLOC, y que, por tanto, no podía adquirir. El artículo 41 de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece la obligación del vendedor de entregar los bienes libres de derechos de terceros, algo que D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, a través de CHANCAS, claramente incumplieron.

20. Todo ello refuerza la anterior petición de NAZCA relativa a la resolución del contrato y los daños y perjuicios, formulada en la Notificación de Arbitraje. Del contenido de las comunicaciones ya descritas en el presente procedimiento se deduce claramente que el interés de NAZCA se encontraba en la adquisición del *control* de una sociedad, para incorporarla a su estrategia de distribución. Claramente, la adquisición del 50% no serviría el propósito indicado.

IV. LOS CONTRATOS DE LOS QUE DERIVA LA CONTROVERSIA Y LOS CONVENIOS ARBITRALES QUE SIRVEN DE BASE A LA RECLAMACIÓN

21. El contenido del contrato de compraventa de acciones, junto con su cláusula arbitral, ha sido ya recogido en las actuaciones anteriores ante este tribunal.

22. Por otro lado, el convenio arbitral contenido en el “Acuerdo Estratégico” antes referido, establece lo siguiente:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La autoridad nominadora será la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. El número de árbitros será de tres. El lugar del arbitraje será Matrice (Madre Patria). El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el español.

23. El contenido de la cláusula es equivalente al de la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Compraventa celebrado entre NAZCA y CHANCAS. Además, existe identidad y equivalencia entre el consentimiento de los firmantes D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera en el “Acuerdo Estratégico”, y el de CHANCAS en la cláusula arbitral incluida en el Contrato de Compraventa. Además, la disputa relativa a la resolución y los daños y perjuicios en el Contrato de Compraventa se encuentra indisolublemente unida a la disputa sobre el incumplimiento del Acuerdo Estratégico, sobre el abandono de las negociaciones y el acuerdo de compraventa por parte de los demandados, y la consiguiente adquisición de derechos por parte de TLÁLOC. Las cuestiones como quién puede reclamar daños y perjuicios por cada contrato son de naturaleza sustantiva, y son distintas de la apreciación de la competencia del tribunal,

donde el objetivo debería ser la resolución *final* de la disputa, con la mayor economía procesal.

24. En ejercicio del derecho que le asiste de acuerdo con la cláusula arbitral, y el Reglamento de la CNUDMI, TLÁLOC acepta la composición del tribunal para la decisión del conjunto de problemas descrito, con el objetivo de favorecer la economía procesal.

25. Partiendo, pues, de que la solicitud es ajustada a Derecho, no supone dilaciones, y, al contrario, la participación de la solicitante en el procedimiento puede contribuir en buena medida a resolver el problema de fondo de manera final y completa, entendemos que el Tribunal debe ejercitar los poderes conferidos por el Derecho y las reglas de arbitraje para resolver de manera conjunta los asuntos correspondientes a los diferentes contratos.

26. Aztequia ha ratificado la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de la sentencias arbitrales extranjeras y ha incorporado a su derecho interno la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

V. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

27. La cláusula de Ley Aplicable del Contrato de Compraventa de Acciones celebrado entre NAZCA y CHANCAS ha sido ya analizada en la Notificación de Arbitraje. No obstante, en la respuesta a la Notificación de Arbitraje, CHANCAS introdujo un argumento inesperado, como es la inaplicabilidad de la Convención de Viena a la compraventa de acciones, a pesar de que la cláusula así lo establecía. Esta parte desea confirmar que entiende que la ley aplicable únicamente puede ser la Convención, pero que, subsidiariamente, si el Tribunal entendiese que es necesario referirse a un Derecho interno, al tratarse de una materia contractual y no societaria, éste debería ser el Derecho de Cervantia, tal como las partes establecieron en el contrato, y cuyo contenido está basado en la noción de manifestaciones y garantías expresas e implícitas, como recoge el anexo de legislación de Cervantia (DOCUMENTO N° 7 DE LA SOLICITUD ADICIONAL) de modo que la conclusión sería la misma

28. Por otro lado, la cláusula de Ley Aplicable del “Acuerdo Estratégico” establece lo siguiente:

“El presente acuerdo se regirá por los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales, con sujeción, en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina”.

29. NAZCA y TLÁLOC sostienen que la disputa aquí descrita es puramente contractual, y, por ello, debe regirse por los principios de Derecho Uniforme; y, a tal efecto, estiman que deben resultar aplicables las disposiciones y principios generales de la Convención de Viena, como sus artículos 35 y 41, y los Principios de UNIDROIT

sobre Contratos Comerciales Internacionales. Subsidiariamente, y sólo en caso de que el Tribunal considerase que la Convención no cubre todos los problemas objeto de controversia, debería atenderse al Derecho de Cervantia, pues al mismo se refiere la cláusula del contrato de compraventa, para resolver cuestiones no cubiertas por la Convención (como podría ser la transmisión de la propiedad). Como se deduce del anexo de la legislación de Cervantia, la adquisición previa de derechos por un tercero pone en entredicho las adquisiciones posteriores (DOCUMENTO N° 7 DE LA SOLICITUD ADICIONAL).

VI. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

30. Por todo ello, esta parte solicita al Tribunal Arbitral:

- Que se declare competente para decidir conjuntamente las materias suscitadas al hilo del contrato de compraventa de acciones a TLÁLOC de 07/03/2012, el Acuerdo Estratégico de 01/12/2010, y el acuerdo de compraventa con NAZCA de 02/05/2012.
- Que acoja las peticiones formuladas por el entonces demandante único NAZCA en la Notificación de Arbitraje de fecha 16.07.2012.
- Que, además, declare la responsabilidad de D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, así como de CHANCAS, por el incumplimiento del Acuerdo Estratégico de 01/12/2010.
- Que declare que TLÁLOC, por un lado, y CHANCAS, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, por otro, acordaron una compraventa del 50% de las acciones de HUACA en fecha 07/03/2012.
- Que declare la responsabilidad de D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, así como de CHANCAS, por el incumplimiento del acuerdo de compraventa de acciones arriba descrito, y, en todo caso, por el abandono del proceso de negociación.
- Que declare que la existencia del Acuerdo Estratégico, y del contrato de compraventa de 07/03/2012 trajeron consigo el incumplimiento por parte de los transmitentes de la obligación de entregar bienes libres de derechos de terceros, de acuerdo con el artículo 41 de la Convención de Viena.
- Que declare que dicho incumplimiento, junto con la falta de conformidad ya descrita en la Notificación de Arbitraje otorgan el derecho a NAZCA a resolver el contrato, lo cual realizó correctamente en fecha 13/06/2012.
- Que condene a los demandados al pago de las cantidades solicitadas en la Notificación del presente arbitraje por el incumplimiento del contrato de compraventa, y 3.000.000 de euros por el incumplimiento del Acuerdo Estratégico, el incumplimiento del contrato de fecha 07/03/2012 y el abandono de las negociaciones que condujeron al mismo.

En Barataria a 15 de octubre de 2012.

DOCUMENTO N° 1 DE LA SOLICITUD ADICIONAL

D. Pedro Serrano, en su calidad de Consejero Delegado de NAZCA SA.

y

D. Tenoc Tlálloc, en su calidad de Consejero Delegado de TLÁLOC CORP,

autorizan a D Garcilaso de la Vega para que asuma la defensa jurídica de NAZCA, SA y de TLÁLOC CORP en el procedimiento arbitral contra CHANCAS, SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera.

Se hace constar a todos los efectos oportunos.

D. Pedro Serrano
Consejero Delegado de NAZCA, SA

D. Tenoc Tlálloc
Consejero Delegado de TLÁLOC CORP.

**DOCUMENTO N° 2 DE LA SOLICITUD ADICIONAL
(EXTRACTO DE CONDICIONES)**

ACUERDO ESTRATÉGICO

REUNIDOS:

De un lado, D. Tenoc Tláloc, en nombre y representación de Tláloc Corp., y todo el grupo de empresas Tláloc.

Y

De otro, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valero, que actúan en nombre propio, así como en el de CHANCAS SL y el grupo de empresas CHANCAS.

ACUERDAN

[...]

III. CONSULTAS ESTRATÉGICAS

Los firmantes se reunirán con una periodicidad trimestral o semestral, según las circunstancias lo exijan, para explorar vías conjuntas de colaboración en los sectores estratégicos a los que pertenecen, especialmente los que les resulten comunes, así como en actividades caritativas y sin ánimo de lucro.

[...]

VII. SINDICACIÓN DEL VOTO

En aquellas sociedades donde más de un firmante posea una participación con derecho a voto, y la suma de las participaciones de todos los firmantes sea superior al 15% de las acciones con derecho a voto, los firmantes se reunirán con anterioridad a cada junta de socios, y acordarán previamente el sentido del voto de todos, y, posteriormente y en junta, todos emitirán su voto en un mismo sentido.

[...]

VIII. DESINVERSIÓN

En los regulados por la cláusula VII, cuando alguno de los firmantes se proponga transmitir una participación significativa en una de las sociedades o vender activos estratégicos, y/o uno de los firmantes haya manifestado su interés estratégico en dicha participación o activos, los firmantes que deseen vender entablarán negociaciones previas con los demás firmantes para explorar la posibilidad de transmitir los activos de un firmante a otro.

En caso de acuerdo con un tercero no firmante para la venta de dichas participaciones o activos cualquier firmante gozará de un derecho de adquisición preferente de dichas

participaciones o activos, siempre y cuando ofrezca unas condiciones equivalentes a las negociadas con el tercero.

IX. INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento del presente acuerdo estratégico tendrá como consecuencia el pago, por parte de las partes infractoras, de una cantidad monetaria a las partes perjudicadas. Las cantidades serán las siguientes:

- 100.000-500.000 euros en caso de incumplimiento de obligaciones formales y/o que no afecten sensiblemente a la posición patrimonial de los perjudicados.
- Hasta 3.000.000, en caso de incumplimiento de obligaciones que afecten sensiblemente a la posición patrimonial de los afectados, más, en su caso, los perjuicios sufridos por aquéllos

X. LEY APLICABLE

El presente acuerdo se regirá por los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales, con sujeción, en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina.

XI. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La autoridad nominadora será la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. El número de árbitros será de tres. El lugar del arbitraje será Matrice (Madre Patria). El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el español.

En Yahuarpampa, Andina, a 1 de diciembre de 2010

D. Tenoc Tlálóc

D. Atahualpa Inca

D. Huáscar Huallpa

D. Blas Valera

DOCUMENTO N° 3 DE LA SOLICITUD ADICIONAL

Fecha: 07.03. 2012 17:06:30

A: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>, Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Tenoc Tlálloc <ttlaloc@tlaloc.az>

Asunto: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012

Estimados Atahualpa, Huáscar y Blas:

El presente correo electrónico tiene el propósito de resumir lo acordado en nuestra última conversación telefónica. Quiero expresar mi satisfacción por haber podido alcanzar un entendimiento. Creo que el Acuerdo Estratégico que firmamos hace mucho tiempo, y renovamos el año pasado, fue una buena idea para asegurarnos que nuestros intereses se complementan. Los contactos periódicos facilitan situaciones como ésta, donde vosotros queréis desinvertir, y nosotros queremos comprar.

Lo más importante es reiterar el interés mío y de mi grupo de empresas en integrar la distribuidora HUACA en el grupo. Por su género de actividad resulta una adquisición interesante.

También es importante dejar claro que la situación patrimonial de HUACA está muy lejos de ser perfecta. En un contexto económico como el actual, no tenemos interés en asumir demasiados riesgos, y HUACA, me temo, supone demasiados riesgos.

Por todo eso, si, como nuevos propietarios del 50% de la sociedad, vamos a ser responsables a medias de la empresa, nos resulta imposible ofrecer un precio de adquisición superior al 70% del valor contable por acción. Es un precio bueno, y, en todo caso, ni podemos ni creemos que sea razonable ofrecer más.

Por favor, confirmadme estos términos, para que podamos cerrar la operación cuanto antes.

Un cordial saludo.

Tenoc Tlálloc
Consejero Delegado de Tlálloc CORP.

DOCUMENTO N° 4 DE LA SOLICITUD ADICIONAL

Fecha: 08.03. 2012 11:22:43

A: Tenoc Tlálloc <ttlaloc@tlaloc.az>

Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>

Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012

Estimado Tenoc.

Permítenos a nosotros que expresemos también nuestra satisfacción por el entendimiento alcanzado. Un 70% sigue estando muy por debajo de la capacidad de generación de beneficio de HUACA, pero tenemos interés en salir de la distribución de alimentos cuanto antes.

El acuerdo, por tanto, es aceptable, si bien tendremos que poner por escrito las condiciones, y detallar con cuidado las condiciones de pago y las manifestaciones y garantías, sin lo cual no podemos proceder a la entrega efectiva de las acciones.

Te pedimos, por tanto, que nos dejes unas semanas para perfilar estos detalles. Estaremos en contacto, y, para lo que sea, quedamos a tu disposición.

Un abrazo,

D. Atahualpa Inca

D. Huáscar Huallpa

D. Blas Valera

DOCUMENTO N° 5 DE LA SOLICITUD ADICIONAL

Fecha: 15. 05. 2012 12:47:55

A: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>, Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Tenoc Tlálloc <ttlaloc@tlaloc.az>

Asunto: Re. Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012

Estimados Atahualpa, Huáscar y Blas:

Os escribo porque han pasado ya 10 semanas desde nuestra conversación e intercambio de correos electrónicos, y quería saber el estado en el que se encuentra la documentación formal del contrato de compraventa de acciones. Quedaba tan sólo determinar las condiciones de pago y las manifestaciones y garantías, y creo que ha habido tiempo suficiente.

Recibid un cordial saludo,

Tenoc Tlálloc
Consejero Delegado de Tlálloc Corp.

DOCUMENTO N° 6 DE LA SOLICITUD ADICIONAL

Fecha: 16.05. 2012 18:57:08

A: Tenoc Tlálloc <ttlaloc@tlaloc.az>

Huáscar Huallpa <hhuascar@hhenterprises.an>; Blas Valera <bvalera@bvalera.an>

De: Atahualpa Inca <ainca@goimail.com>

Asunto: Re: Resumen de la conversación telefónica de fecha 07/03/2012

Estimado Tenoc.

Nos resulta extraño que te pongas en contacto con nosotros. Como te dijimos en su día, un 70% era un precio muy bajo para lo que la sociedad podía generar. Las circunstancias han demostrado que teníamos razón, y NAZCA SA nos ha ofrecido un 140% del valor contable, y ha adquirido el 100% de las acciones. Siendo socios, lo lógico es que estuviésemos al tanto.

En ningún caso nos sentimos vinculados por las declaraciones de intenciones realizadas en comunicaciones anteriores. Habéis intentado conseguir el mejor precio posible, y nosotros también. En todo caso, a la vista de vuestra negativa absoluta a comprar más del 50% y/o pagar más del 70% del valor contable, no habríais podido mejorar la oferta.

Sentimos el malentendido, y esperamos que esto no afecte a la buena marcha de los contactos periódicos. Te recordamos que habíamos pensado fijar la siguiente reunión para dentro de 1 mes, esta vez en Viracocha. El sitio concreto está por determinar, pero la idea es disfrutar de la hospitalidad de Huáscar en una de sus haciendas. En un ambiente distendido se ven mejor las cosas.

D. Atahualpa Inca

D. Huáscar Huallpa

D. Blas Valera

DOCUMENTO N° 7 DE LA SOLICITUD ADICIONAL

Extractos relevantes del Derecho de la República de Cervantia

Extractos de la Ley de Compraventa de Bienes de Cervantia

Sección 25. Descripción de los bienes y Garantías expresas de las partes

- 1. Cuando las partes suscriban un contrato de compraventa donde se describan los bienes, se entenderá que dichos bienes deben corresponder a dicha descripción*
- 2. Cualquier afirmación de hecho por el vendedor relativa a los bienes que forme parte del acuerdo de las partes genera automáticamente una garantía expresa de que los bienes serán conformes a dicha afirmación o promesa*

Sección 26. Garantías implícitas de las partes

- 1. Salvo lo dispuesto en la presente sección no existen otras Garantías implícitas de conformidad a que las que las partes deban someterse*
- 2. A menos que las partes dispongan otra cosa en el contrato de compraventa, se entenderá que los bienes entregados deben ser comercializables, conformes al uso ordinario que se daría a bienes de dicha descripción, así como a cualquier uso específico conocido por la parte vendedora, y para cuya satisfacción la parte compradora hubiese confiado en la vendedora*

Extractos de la Ley de Sociedades Anónimas

Sección 5-21. Derechos preferentes

Los accionistas de una sociedad anónima no tendrán un derecho preferente a adquirir las acciones emitidas por la sociedad, ni las acciones de otros socios, salvo que así lo dispongan los estatutos.

[...]

Sección 8-47. Pactos de accionistas

- 1. Un acuerdo entre los accionistas de una sociedad anónima que cumpla con esta sección será eficaz entre los accionistas y la sociedad anónima aunque sea contrario a una o más disposiciones de la presente ley por:*

[...]

(d) regula el ejercicio del poder de voto por los socios y administradores[...]

(g) regula la transmisibilidad de las acciones de la sociedad, sometiéndola a condiciones distintas de las previstas en la presente ley

- 2. Los acuerdos a los que se refiere esta Sección se recogerán en:*

(A) la escritura de constitución y los estatutos sociales, aprobados por todas las personas que sean socios en el momento del acuerdo

(B) en un acuerdo por escrito, firmado por todas las personas que sean socios en el momento del acuerdo, y de cuyo contenido se informe a la sociedad

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CERVANTIA, Mesía c. Regenta R.DER. [2008] 716, p. 881

El juez Quintanar expresó la opinión del Tribunal

Juez Quintanar:

[...]

La apreciación del incumplimiento contractual de la compraventa de acciones de acuerdo con las normas generales de la compraventa

La cuestión que se presenta ante nosotros tiene algo de filosófico, si es que existe alguna digna de tal calificativo. Se nos pide que evaluemos si el cumplimiento contractual, cuando el documento firmado por las partes es uno de compraventa de acciones de una sociedad, puede evaluarse de acuerdo con las normas de la compraventa de bienes. La Sra. Fandiño ha realizado un análisis muy persuasivo a favor de la parte apelante, donde ha puesto de manifiesto la relevancia de la intangibilidad para la inaplicabilidad de las disposiciones. Con todo, no me encuentro persuadido, ni tampoco creo que la solución esté en el recurso a la filosofía, sino a los hechos. No se trata de interpretar la voluntad del legislador, pues ello situaría a los tribunales en una situación comprometida, donde se sustituiría la voluntad legislativa por la propia. Tan sólo basta con interpretar el término “bienes”, para concluir que en ninguna parte de la Ley de Compraventa de Bienes se limita esta definición en modo tal que no podamos incluir intangibles como las acciones. Tampoco existe ninguna razón que persuada para no aplicar las reglas que protegen al comprador. Su aplicación exige simplemente un leve esfuerzo interpretativo, pero uno que mis estimados magistrados que componen el tribunal se han mostrado capaces y deseosos de acometer.

[...]

Se trata, por tanto, de determinar cuándo existe un incumplimiento del contrato. Y, en este punto, la regla es la misma que para los contratos de bienes. La conformidad se determina de acuerdo con el propio contrato. El contrato en cuestión realizaba una descripción de los bienes vendidos, una descripción que, de acuerdo con los tribunales inferiores, no se respetaba por los bienes entregados. La función de este tribunal no es la de contradecir esa apreciación de los hechos. Si se ha demostrado la falta de correspondencia con la descripción del contrato, existe un incumplimiento contractual, puro y simple. Ningún ejercicio interpretativo puede desviarnos de esa conclusión, y, si lo hace, el problema seguramente esté en el ejercicio interpretativo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CERVANTIA, *Vetusta c. Ozores* R.DER. [2002] 517, p. 1.005

El Juez Bermúdez expresó la opinión del Tribunal

[...]

Sobre la adquisición del bien por parte del tercero

El problema que se discute ha adquirido una complejidad interesante, pero quizás excesiva e innecesaria, por tratarse de una compraventa de acciones, donde el derecho de adquisición preferente se encuentra recogido en unos estatutos o un pacto de las partes (la discusión no consiguió aclarar un punto tan básico). La cuestión no nos habría embarcado en un debate filosófico sobre los fundamentos del Derecho de sociedades si el bien hubiese consistido en un vehículo, o un inmueble.

La regla general sigue siendo la misma en nuestro sistema: nadie puede vender lo que no tiene (“nemo dat quod non habet”). En los casos donde una parte transmite una cosa sin ser el propietario de la misma, el comprador no puede adquirir su propiedad, salvo que se encuentre en alguna de las excepciones recogidas por la ley, destinadas a proteger la seguridad de determinadas transacciones.

[...]

En este caso, la discusión gira en torno a si el tercer adquirente desempeñó la diligencia adecuada para conocer la existencia del derecho anterior. Aquí sí resulta relevante nuestra ley de sociedades, cuya sección 8-47 indica que determinadas cláusulas que afectan a la sociedad pueden estar incluidas en los estatutos o en un pacto separado, siempre que del mismo se informe a la sociedad. Las explicaciones del Sr. Ripamillán y del Sr. Ronzal me han dejado

perplejo, pues no he logrado comprender en cuál de los dos supuestos se encuentra el derecho de preferencia supuestamente ejercitado, o no ejercitado.

No obstante, el Sr. Ripamilán sí ha logrado establecer la relevancia de la aplicación de las reglas de adquisición de la propiedad en el presente caso. Puesto que la decisión de los tribunales inferiores se ha centrado en el aspecto societario, y pasado por alto esta cuestión, este tribunal anula tales decisiones, y renvía el caso al tribunal que decidió en primera instancia para que determine si se dio la regla o la excepción del principio “nemo dat quod non habet”.

ORDEN PROCESAL N° 2

Arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Demandantes: NAZCA SA, TLÁLOC CORP.

Calle Quijote, no. 45, ciudad de Barataria; Calle Sancho, 369, ciudad de Barataria tel.
Tel. (76) 943 32 85, Fax (76) 943 32 86, E-mail info@nazca.cer / Tel (76) 943 54 22,
Fax (76) 943 54 23, E-mail gvega@garcilasoabogados.cer.

Demandadas: CHANCAS SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera

Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 986 96 45 33, Fax (98) 986 89 45 34, E-mail info@chancas.an /

Calle Túpac Amaru, 47, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 673 84 99 32, Fax (98) 673 84 99 31, E-mail ainca@incaempresas.an.

Sinchi Roca, ciudad de Yahuarpampa, Andina.
Tel. (98) 673 75 84 25, Fax (98) 673 75 84 20, E-mail huallpa@incaempresas.an

Urbanización Yahrar Huaca, villa Inca Roca, Sausa, Andina
Tel. (98) 654 87 65 33, E-mail bvalera@grandemail.com.

yupanqui@chancas.an

Matrice, 22 de octubre de 2012

La presente controversia arbitral tiene lugar entre NAZCA SA, TLÁLOC CORP., como demandantes de una parte y CHANCAS SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, como demandadas de otra parte.

Con fecha 16 de julio de 2012 NAZCA SA realizó la Notificación de Arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de la CNUDMI, y nombró como árbitro a D^a. XXX.

Con fecha 14 de agosto de 2012 CHANCAS SL remitió la respuesta a la Notificación de Arbitraje, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de la CNUDMI, y nombró como árbitro a D. YYY.

Con fecha 14 de septiembre de 2012 ambas partes remitieron una solicitud conjunta a la Corte de Arbitraje de Madrid, para que, como autoridad nominadora, procediese a nombrar el Presidente del Tribunal Arbitral. La Corte procedió a nombrar a D^a. ZZZ en fecha 18 de septiembre de 2012.

Con fecha 5 de octubre de 2012 el Tribunal Arbitral procedió a fijar el calendario provisional de actuaciones del presente procedimiento.

Con fecha 15 de octubre de 2012, sin embargo, el Tribunal Arbitral recibió una petición conjunta por parte de NAZCA SA y de TLÁLOC CORP. para ampliar el número de partes sujetas a la presente disputa, así como el ámbito objetivo de la misma. Dicha petición fue también remitida a CHANCAS SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera, según el Tribunal Arbitral tuvo ocasión de comprobar en conversación telefónica mantenida en fecha 17/10/2012.

La petición formulada por NAZCA SA y TLÁLOC CORP. altera sensiblemente la naturaleza y complejidad de los asuntos sometidos a la consideración de este Tribunal. Por ello, este Tribunal entiende que es razonable considerar el calendario de actuaciones fijado en la Orden Procesal N° 1 como provisional, y emitir uno definitivo.

Antes de emitir el calendario definitivo, no obstante, este Tribunal considera oportuno conceder a los demandados un turno de réplica preliminar para que expresen su acuerdo o desacuerdo con la solicitud adicional presentada a este Tribunal.

Si bien la sociedad CHANCAS SL tuvo ocasión de responder a la solicitud de NAZCA SA, las demandadas no han tenido ocasión de responder a la solicitud adicional. Una respuesta, aunque preliminar, de las demandadas a la solicitud adicional no sólo es acorde con la igualdad de trato (artículo 17.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, aplicables en el presente procedimiento) sino que permite determinar de manera clara y definitiva el contenido de la presente controversia.

Por ello, partiendo del poder discrecional del Tribunal para ordenar el procedimiento (artículo 17.1 del Reglamento de la CNUDMI y artículo 19.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI) este Tribunal considera oportuno emplazar a las demandadas a que expresen su acuerdo o desacuerdo con la solicitud adicional presentada conjuntamente por NAZCA SA y TLÁLOC CORP.

D^aXXX

D^aZZZ Presidenta del Tribunal Arbitral

D. YYY

TRIBUNAL *AD HOC*:
NOTIFICACIÓN DE ARBITRAJE
NAZCA SA c. CHANCAS SL

RESPUESTA PRELIMINAR DE CHANCAS SL, D. ATAHUALPA INCA, D. HUÁSCAR HUALLPA Y D. BLAS VALERA A LA SOLICITUD ADICIONAL PRESENTADA CONJUNTAMENTE POR NAZCA SA Y TLÁLOC CORP.

D. Lloque Yupanqui, abogado, actuando en nombre y representación de la entidad CHANCAS SL, y de los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, formula la siguiente:

RESPUESTA A LA SOLICITUD ADICIONAL

1. De acuerdo con las Alegaciones Adicionales de la parte demandante en cuanto al desarrollo de los acontecimientos desde 1987 hasta 06/03/2012.

II. DESCRIPCIÓN DE LAS PARTES

1. De acuerdo con los datos facilitados sobre las partes por los solicitantes. Como se verá, sin embargo, ni la solicitante adicional ni los demandados adicionales deben ser parte en el presente procedimiento.

III. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

2. La presente descripción tiene el propósito de desmentir las consideraciones realizadas por las Solicitantes en cuanto al fondo de la controversia, pues las relativas a la jurisdicción del Tribunal, y a la participación de la Solicitante TLÁLOC CORP. se tratarán en el punto IV.

3. El contenido del Acuerdo Estratégico reproducido por las Solicitantes en su DOCUMENTO N° 2 DE LA SOLICITUD ADICIONAL es correcto. Sin embargo, no lo son las conclusiones extraídas del mismo por las Solicitantes. El documento recoge, como indica su encabezamiento, un “Acuerdo Estratégico”, esto es, un acuerdo marco donde los firmantes recogen de manera amplia (e imprecisa) sus relaciones. Se trata de un acuerdo pensado para constituir la base de otros acuerdos, no de resultar efectivo de manera autónoma, ni mucho menos de crear derechos de naturaleza contractual a favor de alguna de las partes.

4. Aun en el caso de que se atribuyese a este Acuerdo una trascendencia jurídica de la que carece, no es posible deducir de los hechos una sola circunstancia que pudiera dar lugar a la responsabilidad de alguna de las partes demandadas en el presente procedimiento. En ningún caso es el propósito del Acuerdo el supeditar importantes decisiones comerciales a la decisión de los demás firmantes; sino, más bien, informar, consultar, negociar. Un examen de los hechos revela que los Sres. Atahualpa, Huáscar y Blas cumplieron sobradamente con los deberes que les resultaban exigibles, al negociar

con TLÁLOC la posible transmisión de un importante porcentaje de participación en la sociedad HUACA, a pesar de que el precio ofrecido era sustancialmente inferior a lo que sugería la capacidad de beneficio de la sociedad.

5. Tampoco puede derivarse responsabilidad alguna del intercambio de comunicaciones entre TLÁLOC CORP. y Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera (DOCUMENTOS N° 3-6 DE LA SOLICITUD ADICIONAL). Estas partes no llegaron a concluir contrato alguno, en la medida en que quedaban cuestiones esenciales que aún no habían sido acordadas por las partes, como los Sres. Atahualpa, Huáscar y Blas pusieron de manifiesto. Tampoco es posible derivar responsabilidad alguna por la conclusión final del acuerdo con NAZCA. En una negociación las partes deben tratar de obtener las mejores condiciones posibles, y exigir un deber de lealtad sería irrazonable y poco realista. Además, en el presente caso TLÁLOC ya puso de manifiesto su posición de manera relativamente intransigente. Ante la disparidad de condiciones ofrecidas (70% del valor contable y 50% de la participación, frente a 140% de dicho valor y 100% de participación) nadie puede pedir a un empresario razonable que ponga en suspenso un acuerdo ventajoso por esperar una contraoferta que no va a llegar.

6. En todo caso, NAZCA y TLÁLOC son socios en el mercado de Andina, mediante la participación conjunta en una filial de producción de aceites, y no había razones para suponer que una no estuviese informada de las actuaciones de la otra. Nada podía indicar a los Sres. Atahualpa, Huáscar y Blas que la oferta de NAZCA no viniese precedida de un intercambio de impresiones entre ambos socios, y la decisión de que fuese NAZCA, y no TLÁLOC, quien se hiciese con el control de la sociedad.

7. Por tanto, cabe concluir no sólo que los demandados no cometieron incumplimiento alguno, ni incurrieron en responsabilidad frente a TLÁLOC, sino que NAZCA en ningún caso adquirió bienes sometidos a derechos o reclamaciones de terceros. Las reclamaciones de TLÁLOC en este sentido son irrelevantes, y sólo el acuerdo interesado de NAZCA pretende aportarles algo de credibilidad. Aun en el caso de que pudiese considerarse que se adquirieron las acciones sometidas a derechos o reclamaciones (legítimas), operaría una exclusión de responsabilidad, por cuanto TLÁLOC no puede considerarse un “tercero” a los efectos de esta responsabilidad, y, por tanto, NAZCA supo, o debería haber sabido, de la existencia de los supuestos derechos o reclamaciones.

8. Por último, en ningún caso podrían estas circunstancias dar pie a un derecho de NAZCA a resolver el contrato. No cabe deducir que el propósito de NAZCA fuese otro que el de adquirir las acciones; y, caso de que el control hubiese formado parte del propósito al concluir el contrato, en ningún caso lo hizo en forma de “todo o nada”. En el peor de los casos, la adquisición del 50% en una situación donde el titular del otro 50% es su socio estratégico no debería dar derecho a resolver el contrato.

IV. LOS CONTRATOS DE LOS QUE DERIVA LA CONTROVERSIA Y LOS CONVENIOS ARBITRALES QUE SIRVEN DE BASE A LA RECLAMACIÓN

9. De acuerdo con el contenido de las cláusulas arbitrales reproducido en la Solicitud Adicional por las Solicitantes.

10. El examen detenido del Contrato de Compraventa de Acciones, por un lado, y del Acuerdo Estratégico, por otro, pone de manifiesto que se trata de acuerdos diferentes, de naturaleza diversa, y con partes y propósitos distintos. El Contrato de Compraventa se suscribió entre NAZCA y CHANCAS y el Acuerdo Estratégico, entre TLÁLOC, Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, de modo que *ninguna* de las partes coincide. El Contrato de Compraventa tenía por objeto regular una transmisión de acciones, mientras que el Acuerdo Estratégico tenía por objeto regular las relaciones generales de cuatro empresarios distintos. El Contrato de Compraventa tenía un propósito muy concreto, mientras que el Acuerdo Estratégico tenía un propósito muy amplio. El Contrato de Compraventa tenía una naturaleza más comercial, mientras que el Acuerdo de Estratégico tenía una naturaleza societaria. En este contexto, carece de fundamento solicitar que las disputas relativas a ambos acuerdos se decidan de manera conjunta por este Tribunal.

11. Considerar que ambas disputas pueden decidirse de manera conjunta no traería sino problemas. En ese supuesto, encontraríamos una disputa con pluralidad de partes, aspecto que no ha sido tenido en cuenta en la conformación del Tribunal, por lo que el mismo no se habría formado correctamente.

12. Las cuestiones sobre formación del Tribunal, sin embargo, no son competencia del propio Tribunal, sino de la Autoridad Nominadora, por lo que la consecuencia debería ser la disolución del Tribunal, y la remisión del expediente a la Corte de Arbitraje de Madrid.

V. DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

13. De acuerdo con el contenido de las disposiciones contractuales reproducidas en la Solicitud Adicional.

14. Las Solicitantes han omitido que la naturaleza de parte de los problemas sometidos a la consideración de este Tribunal es de Derecho societario, por lo que no cabría la aplicación de los principios de Derecho Uniforme, sino que sería preciso determinar la Ley Aplicable, de acuerdo con las reglas de Derecho Internacional Privado que el Tribunal considere adecuadas, partiendo de que ni la materia societaria, ni la ley aplicable a la misma, es absolutamente dispositiva.

15. La cláusula que actualmente figura en el Acuerdo Estratégico es la siguiente:

El presente acuerdo se regirá por los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales, con sujeción, en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina.

16. La contraparte ha intentado justificar el carácter contractual de la disputa, a pesar de que el problema es claramente societario. No solamente el problema de la “conformidad” de las acciones no es susceptible de ser resuelto correctamente mediante el recurso a las normas de Derecho de contratos. Tampoco es posible encontrar una solución satisfactoria para la cuestión de la eficacia de la cláusula sobre “Desinversión” respecto de terceros no firmantes. Nuevamente, se trata de un problema societario, sobre la oponibilidad de este tipo de cláusulas aunque no se encuentren recogidas en los estatutos; y, por tanto, deberá sujetarse al Derecho del lugar de domicilio de la sociedad, el cual, además, coincide con el derecho aplicable según la cláusula del Acuerdo estratégico, y no es otro que el Derecho de Andina. Como se demuestra en el extracto de normas y jurisprudencia relevante incluido más abajo (DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD ADICIONAL N° 1), el Derecho de Andina es contrario a la oponibilidad de pactos suscritos por los socios a terceros no firmantes.

VI. PETICIÓN AL TRIBUNAL ARBITRAL

17. Por todo ello, esta parte solicita al Tribunal Arbitral:

- Que declare que carece de jurisdicción para decidir conjuntamente las controversias planteadas entre NAZCA SA y CHANCAS SL, por un lado, y entre TLÁLOC CORP. y los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, por otro.
- Que declare que no es competente para decidir sobre cuestiones relativas a la composición del Tribunal Arbitral, por corresponder éstas a la Corte de Arbitraje de Madrid, como Autoridad Nominadora.
- Que, en cualquier caso, si el Tribunal Arbitral tuviese que decidir conjuntamente sobre las cuestiones planteadas en la Notificación de Arbitraje, junto con las de la Solicitud Adicional, declare que el Tribunal Arbitral estaría incorrectamente constituido, por no haberse tenido en cuenta la pluralidad de partes en su conformación.
- Que, en materia de ley aplicable e incumplimiento contractual, acoja las pretensiones presentadas por CHANCAS SL en su Respuesta a la Notificación de Arbitraje.
- Que declare que el Acuerdo Estratégico no puede regirse por las disposiciones de Derecho Uniforme, por tratarse de cuestiones de Derecho societario.
- Que declare que los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no cometieron ningún incumplimiento del Acuerdo Estratégico suscrito con TLÁLOC CORP, ni deben incurrir en responsabilidad alguna derivada del mismo.
- Que, del mismo modo, los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no pueden incurrir en responsabilidad alguna por el intercambio de comunicaciones

con TLÁLOC CORP, donde se negoció la posible venta de participaciones en la sociedad HUACA.

- Que en ningún caso la sociedad CHANCAS SL incumplió su deber de entregar los bienes libres de derechos de terceros, ni, en cualquier caso, puede incurrir en responsabilidad por ello.
- Que, aun en el caso de ser encontrada responsable, el incumplimiento no daría derecho a NAZCA SA a resolver el contrato de compraventa.
- Que, tanto por estos motivos, como por los expresados en la Respuesta a la Notificación, en relación con la conformidad de los bienes vendidos, la notificación de 13 de junio de 2012 no supone un ejercicio legítimo del derecho a resolver el contrato, sino un incumplimiento esencial del mismo.
- Que declare que, en ningún caso, ninguna de las demandadas debe satisfacer a ninguna de las demandantes una indemnización de daños y perjuicios.
- Que, con motivo de los diversos incumplimientos cometidos por las demandantes, condene a estas partes al pago de daños y perjuicios en una cantidad que deberá ser determinada posteriormente.

En Matrice a 29 de Octubre de 2012.

DOCUMENTO DE RESPUESTA A LA SOLICITUD ADICIONAL N° 1

Extractos del Derecho de la República de Andina (2)

Extractos del Código de Comercio de Andina:

Artículo 654. Transmisibilidad de acciones

1. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisibles la acción.
2. Sólo podrán imponerse restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando las mismas estén contempladas en los estatutos de la sociedad

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ANDINA, CASO *VIRACocha C YAHRAR*, DE 12 DE ABRIL DE 2007, REP. JUR. 2007/447

“[...]

*IV. El Motivo Sexto de este recurso incide sobre una cuestión que, si bien es problemática, no puede decirse que sea novedosa, por cuanto este Tribunal ya ha tenido ocasión de discutirla en reiterada jurisprudencia (valgan como ejemplo las sentencias de 10 de julio de 2000, *Salera c Tupac*, REP. JUR. 2000/788; y de 11 de noviembre de 2005, *Inca c Verrano*, REP. JUR. 2005/1356) como es la relevancia de los derechos de las partes recogidos en pactos firmados por los socios, pero no incluidos en los estatutos, ni sometidos, por tanto, al régimen de publicidad registral que éstos otorgan.*

En este sentido, algunas voces abogan por atribuir trascendencia societaria a dichos pactos, cuando hayan sido suscritos por todos los socios, de modo que lo contemplado en ellos deba entenderse vinculante para la sociedad, de igual modo que lo es lo dispuesto en sus estatutos. Esta postura conllevaría inmediatamente que un acuerdo en sentido contrario, adoptado por la sociedad, pudiese ser anulable por el simple motivo de contravenir lo dispuesto en el pacto. Esta posición es insostenible. Como afirma la sentencia de 10 de julio de 2000, “la ley contempla motivos tasados de anulación de los acuerdos sociales: la contravención de la ley, los estatutos, o el interés de la sociedad, y no cabe que los tribunales creen ex novo causas de impugnación nuevas. Al no estar contemplada la infracción de un pacto no estatutario como una de dichas causas, no es posible impugnar un acuerdo por resultar contrario al pacto”. En el caso específico que nos ocupa, los demandantes no se han molestado en explicar en qué medida un acuerdo contrario al pacto resulta, o puede resultar, también contrario a la ley, los estatutos o el interés de la sociedad, de modo que se justifique su anulación, y, por ello, el motivo debe decaer.

Asimismo, en el caso que nos ocupa, el reconocimiento de efectos al pacto más allá de los firmantes; esto es, implicando a la sociedad, resultaría frontalmente contrario a la protección del adquirente de buena fe, que constituye uno de los principios nucleares de nuestro sistema de adquisición de la propiedad. Así pues, el derecho de preferencia recogido en el pacto, aun en el caso de que resultase oponible a la sociedad, no lo sería al tercero adquirente”.

ORDEN PROCESAL N° 3

Arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Demandantes: NAZCA SA, TLÁLOC CORP.

Calle Quijote, no. 45, ciudad de Barataria; Calle Sancho, 369, ciudad de Barataria tel.
Tel. (76) 943 32 85, Fax (76) 943 32 86, E-mail info@nazca.cer / Tel (76) 943 54 22,
Fax (76) 943 54 23, E-mail gvega@garcilasoabogados.cer.

Demandadas: CHANCAS SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera

Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 986 96 45 33, Fax (98) 986 89 45 34, E-mail info@chancas.an. /

Calle Túpac Amaru, 47, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 673 84 99 32, Fax (98) 673 84 99 31, E-mail ainca@incaempresas.an.

Sinchi Roca, ciudad de Yahuarpampa, Andina.
Tel. (98) 673 75 84 25, Fax (98) 673 75 84 20, E-mail huallpa@incaempresas.an

Urbanización Yahrar Huaca, villa Inca Roca, Sausa, Andina
Tel. (98) 654 87 65 33, E-mail bvalera@grandemail.com.

yupanqui@chancas.an

Matrice, 6 de noviembre 2012

La presente controversia arbitral tiene lugar entre NAZCA SA, TLÁLOC CORP., como demandantes de una parte y CHANCAS SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valera como demandadas de otra parte.

El Tribunal Arbitral, de acuerdo con el art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, emite la presente Orden Procesal, por la que se fija el calendario provisional del arbitraje. En este sentido, el Tribunal Arbitral establece:

1. Que tanto la parte demandante como la parte demandada podrán solicitar aclaraciones sobre los hechos del caso hasta el día 20 de noviembre de 2012. Una vez presentadas las solicitudes de aclaraciones, el Tribunal Arbitral emitirá una Orden Procesal, en la cual figurarán las respuestas a las solicitudes de aclaración que resulten pertinentes para la resolución de la controversia.
2. Que la parte demandante deberá presentar su escrito de demanda en fecha no posterior al 14 de enero de 2013.
3. Que la parte demandada deberá presentar su escrito de contestación a la demanda en fecha no posterior al 4 de marzo de 2013.

4. Una vez entregados los escritos de demanda y contestación a la demanda las partes quedarán emplazadas para las sesiones de vista oral, que tendrán lugar en Matrice, durante los días 15 a 19 de abril de 2013.

5. Que la parte demandante y demandada deberán limitarse, tanto en sus escritos de demanda y contestación como en la vista oral, a discutir los asuntos siguientes:

- Si el Tribunal Arbitral es competente para decidir las cuestiones relativas a la composición del Tribunal, o, por el contrario, es materia que corresponda a la Corte de Arbitraje de Madrid como Autoridad Nominadora, y las consecuencias derivadas de una decisión en uno u otro sentido.

- Si, caso de que el Tribunal Arbitral fuese competente para decidir sobre la cuestión, el Tribunal posee jurisdicción sobre todas las partes y controversias sometidas al mismo.

- Cuál es el derecho aplicable al acuerdo de compraventa de acciones celebrado entre NAZCA y CHANCAS el 2 de mayo de 2012, al Acuerdo Estratégico suscrito entre Tláloc Corp., Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, y a las comunicaciones mantenidas entre éstos.

- Si la/s parte/s demandada/s es/son responsable/s de un incumplimiento contractual consistente en la falta de conformidad de los bienes vendidos.

- Si la/s parte/s demandada/s es/son responsable/s de la entrega de bienes sometidos a derechos de terceros.

- Si, caso de entenderse que existe dicha responsabilidad, NAZCA SA ejercitó correctamente su derecho a resolver el contrato.

- Si la/s parte/s demandada/s incumplieron o no el Acuerdo Estratégico

- Si de las actuaciones anteriormente de las partes arriba descritas se deriva algún tipo de responsabilidad por daños y perjuicios.

6. El idioma del arbitraje es el español y el lugar del arbitraje es Matrice.

7. Se emplearán los medios electrónicos para transmitir las comunicaciones. El correo electrónico a efectos de las comunicaciones será: mootmadrid@uc3m.es.

Fdo.

D^a. XXX

D^a ZZZ Presidenta del Tribunal Arbitral

D.YYY

ORDEN PROCESAL N° 4

Arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI

Demandantes: NAZCA SA, TLÁLOC CORP.

Calle Quijote, no. 45, ciudad de Barataria; Calle Sancho, 369, ciudad de Barataria tel.
Tel. (76) 943 32 85, Fax (76) 943 32 86, E-mail info@nazca.cer / Tel (76) 943 54 22, Fax
(76) 943 54 23, E-mail gvega@garcilasoabogados.cer.

Demandadas: CHANCAS SL, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera

Avda. Gran Chimú, no. 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 986 96 45 33, Fax (98) 986 89 45 34, E-mail info@chancas.an.

Calle Túpac Amaru, 47, ciudad de Yahuarpampa, Andina
Tel. (98) 673 84 99 32, Fax (98) 673 84 99 31, E-mail ainca@incaempresas.an.

Sinchi Roca, ciudad de Yahuarpampa, Andina.
Tel. (98) 673 75 84 25, Fax (98) 673 75 84 20, E-mail hhuallpa@incaempresas.an

Urbanización Yahrar Huaca, villa Inca Roca, Sausa, Andina
Tel. (98) 654 87 65 33, E-mail bvalera@grandemail.com.

yupanqui@chancas.an

Matrice, 27 de noviembre 2012

De acuerdo con las instrucciones contenidas en la orden procesal n°3, el tribunal arbitral tras recibir las solicitudes de aclaración presentadas por las partes emite la presente Orden Procesal n° 4:

A. CORRECCIÓN DE ERRATAS

- La referencia a “155.000 euros por los gastos derivados de la limpieza de las aguas” contenida en el párrafo 13, pág. 6, del documento “Notificación de arbitraje” deberá indicar “150.000 euros por los gastos derivados de la limpieza de las aguas”.
- La referencia a “Yahuaropampa” contenida en el párrafo 16, pág. 7, del documento “Notificación de Arbitraje” deberá indicar “Yahuarpampa”.
- La referencia a “2.573.864,9 euros” del penúltimo apartado, del párrafo 34, pág. 11 del documento “Notificación de arbitraje” deberá indicar “2.556.436,4 euros”
- La referencia a “13/05/2012” del penúltimo apartado del párrafo 17, pág. 31, del documento “Respuesta a la notificación de arbitraje” deberá indicar “13/06/2012”.
- La referencia a “la parte vendedora” en el penúltimo apartado, del párrafo 5, pág. 42 del documento “Orden procesal n° 1” deberá indicar “a la parte compradora”.
- La referencia a “(revisado en 2012)” segundo párrafo, pág. 36, de la “Carta conjunta de las partes a la Corte de Arbitraje” deberá indicar “(revisado en 2010)”.

B. ACLARACIONES

a. Fechas de entrega del escrito de demanda y de contestación, así como las fechas de las sesiones de la vista oral

1.- ¿Cuáles son las fechas de entrega del escrito de demanda y de contestación, así como las fechas de las sesiones de la vista oral establecidas por el Tribunal Arbitral?

R.- Las fechas fijadas para la entrega del escrito de demanda y de contestación, así como las fechas de las sesiones de la vista oral coinciden con las fijadas en la orden procesal n° 3, esto es: 14 de enero de 2013, 4 de marzo de 2013 y 15 al 19 de abril de 2013, respectivamente. Las fechas indicadas en la Orden procesal n°1 fueron modificadas por la Orden procesal n° 3 a razón de la “solicitud de participación en el procedimiento y de ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la demanda” dirigida al Tribunal Arbitral con posterioridad a la emisión de la orden procesal n°1.

b. Contrato de compraventa de acciones

2.- ¿Por qué NAZCA consideró que HUACA era un candidato idóneo?, ¿qué clase de estudio preliminar de mercado realizó?, ¿solicitó alguna *due diligence* o auditoría de alguna clase?

R.- NAZCA tras iniciar su expansión en Andina, pudo comprobar que HUACA gozaba de una sobrada reputación y disponía de canales de distribución sólidos a lo largo del país y especialmente, en las principales ciudades de Andina, tales como Yahuarpampa, Sausa o Viracocha. Para ello, se informó de la estructura del sector de la producción y distribución en Andina, y pidió referencias a terceros para confirmar sus impresiones. Estos rasgos resultaban vitales para los fines de NAZCA en su objetivo para expandir la comercialización de su producto. NAZCA no realizó un proceso de revisión de la documentación tipo *due diligence* o auditoría alguna de HUACA con anterioridad a la adquisición, sino que examinó las cuentas anuales, y confió en el informe de auditoría sin salvedades. Tanto el Departamento Legal como el de Auditoría de la firma que contrató le indicaron que habría resultado poco probable que un problema de procedimiento sancionador por contaminación ambiental hubiese aparecido en una *due diligence*. Sobre la base de la información obtenida, NAZCA estimó, tras conversar informalmente con analistas financieros (y en ausencia del problema medioambiental), que un 140% era un precio razonable a la vista del potencial de generación de beneficios de la sociedad, y los ahorros de costes y sinergias posteriores a la integración de la sociedad en su grupo.

3.- ¿Cuándo se aprobaron las últimas cuentas anuales?, ¿fueron redactadas por auditor independiente?

R.- Las cuentas anuales por el ejercicio social del 2011, que se cerró a 31 de diciembre de 2011 con ligeras pérdidas, habían sido aprobadas poco antes de iniciarse las negociaciones; en concreto, el 30 de marzo de 2012. Dichas cuentas fueron redactadas por auditor independiente. Se cumplía de esta manera las obligaciones contables impuestas a tales efectos.

4.- ¿Cuál fue el proceso seguido para concluir el contrato de compraventa de acciones?, ¿están reflejados en los documentos presentados todos los pasos y elementos relevantes sobre el proceso de conclusión del contrato de compraventa entre NAZCA y CHANCAS?

R.- Los detalles esenciales del contrato se acordaron mediante conversaciones telefónicas, cuyo contenido queda correctamente resumido en el intercambio de correos electrónicos de los Documentos 2 y 3 de la Demanda (pp. 13 y 14), y el documento, de 2 de mayo, basado en un modelo de NAZCA, y adaptado para las necesidades de la transacción por los abogados de las partes. Dicho documento fue firmado en Yahuarpampa, Andina, por Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, y en Barataria, Cervantia, por D Pedro Serrano.

c. Cuestiones relativas a las sociedades y las relaciones entre ellas

5.- ¿A qué “diversos incumplimientos” se refiere el párr. 17 de la Respuesta preliminar para pedir las demandadas al tribunal una indemnización?

R.- Se refiere a los incumplimientos derivados con ocasión de la resolución del contrato y de las obligaciones asumidas en virtud de sus respectivas relaciones contractuales tanto por NAZCA como por TLÁLOC, respectivamente.

6.- ¿Qué porcentaje de participación ostenta TLÁLOC CORP. en el capital social de la filial de producción que posee conjuntamente con NAZCA?

R.- NAZCA y TLÁLOC ostentan el 50 % del capital social cada una.

7.- ¿Existe algún otro elemento relativo a las características de las sociedades involucradas, de sus estatutos, de su registro o de la composición de sus órganos relevantes a los efectos del presente litigio?

R.- No, las características de las sociedades involucradas, de sus estatutos o de su registro no son relevantes para el presente litigio. En cuanto a los órganos de las sociedades y su composición, los socios de CHANCAS son todos administradores de ésta, y eran administradores de HUACA en el momento de conclusión del contrato con NAZCA.

d. Vertidos de residuos y los expedientes de investigación y sancionador

8.- ¿Desde qué momento conocía HUACA de la apertura del expediente de investigación?

R.- El día 27 de febrero de 2012 la autoridad competente notificó formalmente la apertura del expediente de investigación. No obstante, al menos una semana antes de dicha fecha, los empleados de HUACA tuvieron conocimiento de la iniciación del procedimiento con ocasión de una conversación informal mantenida en los pasillos del Ayuntamiento de Yahuarpampa con el concejal de medio ambiente.

9.- ¿La apertura del expediente de investigación supone automáticamente la apertura de un expediente sancionador?

R.- No, la apertura del expediente de investigación no supone automáticamente la apertura de un expediente sancionador, como tampoco la imposición de una sanción administrativa.

No obstante, la apertura de un expediente de investigación significa la iniciación de una investigación para clarificar la procedencia de los vertidos ilegales detectados por parte de la autoridad competente. Desde comienzos del año 2011 la autoridad competente ha intensificado los controles de vertidos, siguiendo así la actual política medio ambiental marcada por el nuevo gobierno.

10.- ¿Existe en las inmediaciones de HUACA otras empresas susceptibles de realizar vertidos?

R.- A lo largo del río Topama se ha permitido el establecimiento de varias empresas. En las inmediaciones de HUACA, a unos dos km río arriba, están ubicadas las plantas de otras dos empresas.

11.- ¿Por qué tipo de vertidos se inició el expediente administrativo a HUACA?

R.- El expediente de investigación no se inició por un determinado tipo de vertidos, sino por la elevada cantidad de vertidos detectada, superior a los niveles autorizados.

12.- ¿La actividad de distribución de alimentos que realiza HUACA lleva aparejada la realización de vertidos?, ¿qué tipo de vertidos realiza una empresa como HUACA dedicada a la distribución de alimentos?

R.- Se consideran vertidos los que se realicen directa (en las aguas) o indirectamente (en el alcantarillado) de las aguas sometidas del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada. Cualquier tipo de empresa necesita realizar vertidos, para deshacerse de los residuos líquidos (por ej. el agua empleada tras la limpieza de los contenedores). Los vertidos por regla general están prohibidos, salvo que se cuente con una autorización previa. A través de esta autorización se realiza el control y se puede determinar en su caso, las especificidades de las instalaciones de depuración necesarias y de los elementos imprescindibles de control de su funcionamiento, así como fijar los límites cuantitativos y cualitativos para la consecución de los objetivos medioambientales establecidos por el plan hidráulico.

13.- ¿Ha habido alguna modificación del plan hidráulico?

R.- Media un Anteproyecto de modificación del plan hidráulico que introduce condiciones más severas sobre los vertidos. Se trata de un mero Anteproyecto, aún no aprobado, que forma parte de un giro del actual gobierno hacia una política medioambiental más proteccionista de los recursos naturales. En cualquier caso, su aprobación no tendrá efecto retroactivo. Con independencia de lo anterior, si las condiciones de una autorización de vertidos se ven alteradas, la autoridad competente puede establecer plazos y programas de reducción de la contaminación para la progresiva adecuación de las características de los vertidos y los límites autorizados. Cualquier cambio que adopte la autoridad competente sobre las autorizaciones otorgadas, tampoco tiene efecto retroactivo.

14.- ¿Es posible acceder al expediente sancionador?, ¿en cuánto se excede los vertidos detectados respecto de los límites autorizados?

R.- El expediente sancionador se sustancia conforme al procedimiento administrativo establecido a tales efectos. De momento, no es posible acceder al contenido de dicho expediente y por eso motivo, tampoco se conoce los datos sobre las cuantías de los vertidos registrados. No obstante, las autoridades han considerado imprescindible suspender la actividad de HUACA por proteger el medio ambiente. Es de esperar, que la presunta infractora, HUACA, deba personarse en breve ante la autoridad competente para presentar sus alegaciones. Y en todo caso, ante la resolución administrativa es posible interponer un recurso administrativo de revisión.

e. Derecho aplicable

15.- ¿Los países (Cervantia, Andina, Aztequia y Madre Patria) son de *common law* o *civil law*?

R.- Cervantia y Aztequia poseen un sistema que podríamos considerar de *common law*, mientras que Andina posee un sistema de *civil law*. Madre Patria no es clasificable en ninguna de estas categorías.

16.- ¿Alguno de los países involucrados pertenece a la Unión Europea, NAFTA o Mercosur?

R.- No

17.- ¿Ha ratificado Aztequia la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías? ¿Lo ha hecho con alguna reserva?

R.- Aztequia ha ratificado la CNUCCIM, y lo ha hecho sin reservas

18.- ¿Cuál es la ley de arbitraje vigente en Madre Patria?

R.- La Ley de Arbitraje vigente en Madre Patria es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con las modificaciones de 2006, con la Opción II, relativa al acuerdo de arbitraje.

f. Otros

19.- ¿Las cuestiones aludidas en la Orden procesal nº 3 son los únicos puntos sobre los que las partes pueden pronunciarse?

R.- La Orden Procesal nº 3, incluyendo su remisión a la Orden Procesal nº 1, recoge los puntos que determinan el objeto del procedimiento arbitral, sobre los que deben centrarse los argumentos de las partes. Las partes y su representación letrada, no obstante, pueden hacer referencia a cualesquiera hechos y argumentos de Derecho que estimen oportunos para defender sus posiciones.

Fdo.

V COMPETICION INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

MEMORANDUM DE DEMANDA



**EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN
DE:**

NAZCA S.A
Calle Quijote, nº 45, Barataria, Cervantia
DEMANDANTE

Y

TLÁLOC CORP.
Calle Moctezuma, nº 87, Tezcatlipoca,
Aztequia

DEMANDANTES

CONTRA:

CHANCAS S.L
Avda. Gran Chimú, nº 99, Yahuarpampa,
Andina
DEMANDADA

Y

ATAUALPA INCA
Calle Túpac Amaru, nº 47, Yahuarpampa,
Andina

HUASCAR HUALLPA
Calle Sinchi Roca, Yahuarpampa, Andina

BLAS VARELA
Urbanización Yahrar Huaca, villa Inca Roca,
Sausa, Andina

DEMANDADOS

UNIVERSIDAD DE VERSALLES

Clémence ASSOUL – Morgane BERANGER – Gabriela GONZÁLEZ-GIRÁLDEZ

Beatriz RESTREPO – Sergon SANCAR – Lorène ZELIKSON

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIACIONES	5
LISTA DE AUTORIDADES	5
I. RELACION DE HECHOS	12
II. PUNTOS EN LITIGIO	14
III. COMPETENCIA	14
A. El Tribunal Arbitral es el único competente para conocer las cuestiones relativas a su composición	14
1. El principio de <i>Kompetenz-Kompetenz</i> confiere la facultad al Tribunal Arbitral para resolver las cuestiones relativas a su competencia	15
2. La función de la Corte de Arbitraje de Madrid, en tanto que Autoridad Nominadora, es restringida y no puede afectar las actuaciones del Tribunal Arbitral constituido de acuerdo con la voluntad de las partes	16
B. La composición del Tribunal Arbitral es conforme a las convenciones arbitrales	17
C. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción sobre la controversia formulada por TLÁLOC contra CHANCAS y Asociados	18
1. La controversia entre las demandantes NAZCA y TLÁLOC, y los demandados CHANCAS y Asociados presenta un carácter multipartito <i>provisional</i>	19
a. Los efectos de la convención arbitral del Contrato de Compraventa concluido entre NAZCA y CHANCAS debe ser extendida a los Asociados	20
<i>a.1. El comportamiento de los Asociados, expresión de su consentimiento al arbitraje</i>	21
<i>a.2. La existencia entre los demandados de una comunidad de intereses y de obligaciones</i>	22
<i>a.3. La extensión de la convención arbitral debe ser admitida en nombre de la equidad, la eficacia y la buena administración de la justicia que caracterizan al arbitraje.</i>	23
b. Las disposiciones del Reglamento CNUDMI sobre la intervención de terceros ofrecen al Tribunal Arbitral un amplio margen de apreciación para admitir la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la controversia	24
c. La correcta resolución de la controversia exige que el Tribunal Arbitral declare la jurisdicción que le asiste para conocer del conjunto de pretensiones formuladas por las demandantes	25
2. Inexistencia de un perjuicio a los intereses de los demandados como consecuencia de la constitución del Tribunal Arbitral previamente a la admisión de la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la demanda inicial	26
a. Consentimiento de todas las partes de someter las controversias al arbitraje	27
b. El principio de igualdad de condiciones en la constitución del Tribunal Arbitral ha sido observado	27

3.	El laudo final que dictará este Tribunal surtirá efectos sobre todas las partes, por cuanto el Tribunal Arbitral ha sido correctamente constituido	28
IV.	ARGUMENTOS DE FONDO	30
A.	Las normas aplicables al fondo del litigio son los Principios Unidroit, la CCIM, en tanto que Principios Generales del Derecho del comercio internacional, y el Derecho de Cervantia	30
1.	Los Principios generales de los contratos comerciales internacionales y el Derecho de Cervantia son aplicables al Acuerdo Estratégico y al Acuerdo de Compraventa, suscritos entre TLÁLOC, CHANCAS y Asociados	30
a.	Los Principios Unidroit y la CCIM en tanto que principios generales y, subsidiariamente el Derecho de Cervantia, son aplicables al Acuerdo Estratégico suscrito entre TLÁLOC y los demandados.	30
	<i>a.1. Los Principios Unidroit integran los principios generales y se aplican al Acuerdo Estratégico</i>	30
	<i>a.2. La CCIM hace parte de los Principios generales y, en consecuencia, es aplicable al Acuerdo Estratégico</i>	31
	<i>a.3. Subsidiariamente, el Derecho de Cervantia es aplicable al Acuerdo Estratégico dado que se trata de una controversia de orden contractual</i>	32
b.	Los Principios Unidroit y la CCIM, como principios generales y, subsidiariamente el Derecho de Cervantia, son aplicables al Acuerdo de Compraventa concluido entre TLÁLOC y los demandados	33
	<i>b.1. El Acuerdo Estratégico y el Acuerdo de Compraventa forman un grupo de contratos al que se debe aplicar las mismas normas</i>	33
	<i>b.2. Una interpretación amplia de la noción de mercaderías permite la aplicación de la CCIM a la venta de acciones</i>	33
2.	La CCIM es igualmente aplicable al Contrato de Compraventa de acciones	34
a.	Las partes usaron su facultad de “opting-in” para aplicar la CCIM al Contrato de Compraventa	35
b.	Las partes no usaron de su facultad de excluir parcialmente la CCIM al Contrato de Compraventa	36
c.	La intención de CHANCAS siempre fue la de aplicar la CCIM	37
d.	La voluntad de excluir la CCIM infringe el principio de “venire contra factum proprium non valet”	37
e.	CHANCAS debe someterse al principio de “pacta sunt servanda”	38
B.	El incumplimiento del Acuerdo Estratégico y del Acuerdo de Compraventa permiten la indemnización solicitada por TLÁLOC	38
1.	Los demandados incumplieron el Acuerdo de Compraventa por haber entregado el objeto del contrato a un tercero	38
a.	Los correos electrónicos intercambiados entre el 7 de marzo y el 8 de marzo de 2012 constituyen un contrato	38
b.	Los demandados violaron el Acuerdo de Compraventa por haber vendido el 100% de las acciones de HUACA a un tercero	39
2.	Subsidiariamente, de no ser aceptada la conclusión del Acuerdo de Compraventa, el Tribunal debe reconocer la violación del Acuerdo Estratégico	39
a.	El Acuerdo Estratégico es un contrato	40

b.	Los demandados desconocieron el derecho de adquisición preferente conferido a TLÁLOC en el Acuerdo Estratégico y condujeron las negociaciones de mala fe	40
	<i>b.1. El derecho de adquisición preferente de TLÁLOC fue violado por los demandados</i>	40
	<i>b.2. Adicionalmente los demandados rompieron, de mala fe, las negociaciones con TLÁLOC</i>	41
3.	TLÁLOC debe ser indemnizada por los daños y perjuicios causados por los demandados	41
C.	NAZCA tiene derecho a resolver el Contrato de Compraventa de acciones y a ser indemnizada por el incumplimiento contractual imputable a los demandados	42
1.	Los demandados incumplieron el Contrato de Compraventa de acciones del 2 de mayo de 2012	42
a.	Las acciones entregadas por los demandados a NAZCA no son conformes a los términos del Contrato de Compraventa según los artículos 35 y 36 de la CCIM	42
b.	Las acciones entregadas por los demandados a NAZCA no están libres de derechos o pretensiones de terceros, en violación del artículo 41 de la CCIM	45
	<i>b.1. Existe un derecho y/o una pretensión de TLÁLOC sobre las acciones objeto del Contrato de Compraventa</i>	45
	<i>b.2. Los demandados no pueden oponer a NAZCA la falta de comunicación sobre la existencia de derechos y/o pretensiones de TLÁLOC sobre HUACA</i>	45
2.	NAZCA ejerció válidamente su derecho a resolver el contrato y por lo tanto los demandados deben restituir el precio pagado	47
a.	Los incumplimientos de los demandados tienen un carácter esencial	47
	<i>a.1. El carácter esencial de los incumplimientos de los demandados</i>	47
	<i>a.2. Los incumplimientos de los demandados legitiman la resolución del contrato por parte de NAZCA</i>	48
b.	La resolución del contrato debe tener como consecuencia la restitución del precio pagado por NAZCA	49
3.	NAZCA debe ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos	49
a.	Los daños y perjuicios sufridos por NAZCA reúnen los requisitos del artículo 74 CCIM	49
	<i>a.1. Los tipos de daños sufridos por NAZCA están cubiertos por el artículo 74 CCIM</i>	49
	<i>a.2. Los daños sufridos por NAZCA fueron previsibles.</i>	50
	<i>a.3. El Tribunal Arbitral puede evaluar el quantum de los daños derivados de la inmovilización de HUACA</i>	51
b.	NAZCA minimizó los daños sufridos, de conformidad con el artículo 77 de la CCIM	51
V.	PETICIÓN AL TRIBUNAL	52

LISTA DE ABREVIACIONES

§	Párrafo
Art	Artículo
Bull.	Boletín
CA	Cour d'Appel (Corte de apelación francesa)
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCIM	Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercancías internacional de 1980
CHANCAS	CHANCAS, SL
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional
Demandantes	TLÁLOC y NAZCA
Demandas	CHANCAS y los Señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera
Doc	Documento
DPCI	Droit et Pratique du Commerce International
Ed	Editorial
<i>In fine</i>	Al final
JDI	Journal du Droit International (Clunet)
NAZCA	NAZCA, SA
Nº	Número
Obs.	Observaciones
p.	Página
pp.	Páginas
ss.	Siguientes
Sres.	Señores
TLÁLOC	TLÁLOC CORP
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law (en español, CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Internacional
v.	<i>versus</i> (en español, « contra »)
vol.	Volumen
vid.	Ver
€	Euros

LISTA DE AUTORIDADES

LEYES, CONVENCIONES, REGLAMENTOS, MODELOS Y TRATADOS

Citación	Referencia
CCIM	Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980

LMA	Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI
Reglamento CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI
RAM	Reglamento y Estatutos de la Corte de Arbitraje de Madrid
Convención de Nueva York	Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras
Reglamento CCI	Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012
Convención de Ginebra	Convención de Ginebra del 21 de abril de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional
CPC	Código de procedimiento civil francés

JURISPRUDENCIA

País	Referencia
<i>Alemania</i>	Oberlandesgericht Koblenz n° 2 U 1230/91, 17 de septiembre de 1993
	Oberster Gerichtshof 10 de noviembre de 1994, Caso CLOUT n° 117
	Landgericht München n°8 HKO 24667/93, 8 de febrero de 1995
	Landgericht Landshut, Alemania, 5 de abril de 1995
	Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995, Caso CLOUT n° 123
	Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 15 de marzo de 1996
	Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996, Caso CLOUT n° 171
	Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996
	Oberlandesgericht Dusseldorf, Alemania, 24 de abril de 1997, Caso CLOUT n° 275
	Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000
	Landgericht Stendal, Alemania, 12 de octubre de 2000, Internationales Handelsrecht, 2001, p. 32
	Oberlandesgericht München n°3 U 3750/95, 22 de junio de 2005
	Bundesgerichtshof, Alemania, 11 de enero de 2006, Caso CLOUT n° 822
	Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 de julio de 2009
<i>Australia</i>	<i>Cortem SpA v. Controlmatic Pty Ltd.</i> , Federal Court of Australia, Australia, 13 de agosto de 2010
	<i>Castel Electronics Pty. Ltd. v. Toshiba Singapore Pte. Ltd.</i> , Federal Court of Australia 28 de septiembre de 2010
<i>Austria</i>	Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft—Wien, Austria, 15 de junio de 1994, Caso CLOUT n° 93
	OGH (Sup. Ct.) 10 Ob 518/95, 6 de febrero de 1996
	Oberster Gerichtshof, Austria, 14 de enero de 2002, Caso CLOUT n° 541
	Oberster gerichtshof 5 Ob 45/05 m Austria 21 de junio de 2005
<i>Cervantia</i>	<i>Mesia c. Regenta</i> , Sentencia del tribunal de Cervantia, R.DER. (2008) 716, p.881
<i>Bélgica</i>	Tribunal de Comercio de Namur, Bélgica, 15 de enero de 2002
<i>Estados Unidos</i>	<i>Orbisphere Corp. v. United States</i> , Federal Court of International Trade, Estados Unidos, 24 de octubre de 1989, 726 Fed. Supp. 1344

	<i>Delchi Carrier, SpA, v. Rotorex Corporation</i> , U.S. District Court, Northern District of New York, Federal Court of 1st instance, 7 de septiembre de 1994, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12820.
	Federal Court of Appeals (2nd Circuit), Estados Unidos, 6 de diciembre de 1995.
	<i>Magellan International Corp. v. Salzgitter Handel GmbH</i> , US Federal District Court, Northern District of Illinois, 7 de diciembre de 1999
	<i>Asante Tech, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.</i> , Federal Northern District Court of California, Estados Unidos, 21 de julio de 2001, 2001 U.S. Dist. LEXIS 16000, 2001 Westlaw 1182401
	<i>BP Oil v. Empresa Federal</i> , Court of Appeals (5th Circuit), Estados Unidos, 02-20166, 11 de junio de 2003
	<i>Valkia Limited v. United States et al.</i> , US Court of International Trade 18 de junio de 2004
	U.S. District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 18 de enero de 2011
<i>España</i>	Audiencia Provincial de Pontevedra, 19 de diciembre de 2007, Caso CLOUT nº 849
<i>Francia</i>	<i>Société BKMI et Siemens c. Société Dutco</i> , Corte de Casación francesa, Primera sección civil, 7 de enero de 1992, Rev. arb. 1992.470, n. Bellet
	Corte de Casación francesa, Sala de lo mercantil, 17 diciembre de 1996, Rev. Crit. DIP 1997, p.72, nota de J-P Remery; D. 1997, chron. p. 337, note C. Witz
	Corte de Casación francesa, Sala de lo mercantil, 3 de noviembre de 2009, D. 2010, C. Witz
	Corte de Casación francesa, Sala de lo mercantil, 8 de noviembre de 2011, nº 10-24691
<i>Italia</i>	Tribunale di Padova, 25 de febrero de 2004
<i>Reino Unido</i>	Court of Appeal, 17 de febrero de 2006
<i>Suiza</i>	Zivilgericht Basel-Stadt, 21 de diciembre de 1992, Caso CLOUT nº 95
	Kantonsgericht Zug, 14 de diciembre de 2009

LAUDOS ARBITRALES

AD HOC

<i>Marine Drive v. Ghana</i>	<i>Antoine Biloune, Marine Drive Complex Ltd. v Ghana Investments Centre, the Government of Ghana</i> , del 27 Octubre de 1989 en Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 1994 - Vol.XIX, pp. 11 – 32.
------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

INSTITUCIONAL

CCI	Laudo nº 2103 de 1972, Jarvin y Derains, pop. cit. p. 204
-----	-----------------------------------------------------------

	Laudo n° 1526, Clunet, 1974, p. 915
	Laudo n°5865 de 1989, J.D.I. 1998.1008, 1010 y 1011
	Laudo n° 5946 de 1990, Yearbook. 1991, p. 97
	Laudo n°5953/1990
	Laudo n° 6829 de 1992
	Laudo n°7331 de 1994
	Laudo n°8502 de 1996
	Laudo n° 9419 de 1998
	Laudo n°10 de 1999
LCIA	Laudo Court of Arbitration of London, C1995
<i>Sigmoil Resources N.V. v. Burmpac Trading & Transport Co (M/T Elbe Ore)</i>	Laudo SMA (Society of Maritime Arbitrators) n° 2561 del 31 de marzo de 1987, Sigmoil Resources N.V. v. Burmpac Trading & Transport Co (M/T Elbe Ore), 1989 WL 1646489 (S.M.A.A.S. 1989).
CCIFR	Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, laudo n° 54/1999

DOCTRINA

Citación	Referencia
(A/CN.9/614)	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 45° período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006)
(A/CN.9/619)	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 46° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007) Párrafo 117
ANCEL, J-P.	L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. Com. fr. DIP (1991-1992), p. 75
BABIAK, A.	Defining Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 6 Temple International and Comparative Law Journal (1992) pp.113-143
BACACHE-GIBEILLI M.	La relativité des conventions et les groupes de contrats, prólogo de Y. Lequette, LGDJ, 1996.
BEGUIN, J., MENJUCQ, M.	Traité de Droit du commerce International, Lexis Nexis, 2e ed, 2011
BELLET, P.	Nota – Corte de Apelación de París 5 de mayo de 1989 - Société B.K.M.I. Industriean Lagen et Siemens v. Dutco construction. Comité Français de l'Arbitrage 1989 Vol.1989 n° 4. pp. 723-734
	Symposium International de Varsovie sur l'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux, Revue de l'arbitrage (1981), p. 51
BERAUDO, J-P.	La mise en œuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux, (1998-2 et 3) Rev. dr. unif. 259;
BONELL, M J.	The UNIDROIT Principles and Transnational Law, (2000-2) Rev. dr. unif. 199
BOUCARON NARDETTO, M.	Le principe de competence-compétence en droit de l'arbitrage. Tesis dirigida por J-B Racine. Université de Nice Sophia-Antipolis 2011.

BORN, G.	International Commercial Arbitration, Vol.1 pp. 853 y ss.
BORTOLOTTI, F.	The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals, id., 141
BREKOULAKIS, S.	Third Parties in International Commercial Arbitration. Oxford International Arbitration Series (2010)
CARBONNIER, J.	Les obligations, 16e éd., PUF, n° 20, p. 54
COHEN, D.	Arbitrage et groupes de contrats, Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage 1997 Vol.1997 n° 4, pp. 471-504
DARANKOUM, E.-S.	L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques, R.J.T, 2002, p 428.
DE BOISSESSON, M.	La jonction de parties à l'instance arbitrale : deux décisions opposées. L'arbitrage complexe- Supplément spécial 2003 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
DEVOLVE, J-L.	L'arbitrage multipartite en 1992, ASA Bulletin (1992), pp. 154-197.
ENDERLEIN, F., MASKOW, D.	International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications (1992), p. 50
FERRARI, F.	Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Convention, Martinus Nijhoff Publishers, Ed 2011, pp. 179-180
	Exclusion and Opting-in of the CISG, Rev. Dr. Aff. Int. (2001), p.401 y ss. Version francesa: Exclusion et inclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980, Revue Générale de Droit, n°32, 2002, pp. 335-357
FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E., GOLDMAN, B.	International Commercial Arbitration, Kluwer Law International (1999)
GAILLARD, E.	L'arbitrage multipartite et la consolidation des procédures arbitrales connexes, International Law Association, Report of the Sixty-Third conference – Warsaw 478 (1988)
	Trente ans de lex mercatoria, JDI, 1995.5
	L'effet négatif de la compétence-compétence, en Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, 1999, p. 387.
	La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international, en Etudes offertes à P. Bellet, 1991, p. 204 y ss, Litec.
	Jonction de procédures arbitrale et judiciaire, L'arbitrage complexe-Supplément spécial 2003 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI
	Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international. Recueil Dalloz, 20 de enero de 2011, n° 3
GALVÃO TELES, M.	Addition of parties: A vacuum left by the model law in need of internationally approved rules
GOTANDA, J Y.	Recovering Lost Profits in International Disputes, 36 Georgetown Journal of International Law (Otoño 2004), pp. 61-112
GRAFFI, L.	Case Law on the Concept of « Fundamental Breach » en the Vienna Sales Convention, Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal, No. 3 (2003) pp. 338-349
HANOTIAU, B.	Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-

	Issue and Class Actions, Kluwer Law
	La Détermination et l'Evaluation du Dommage Réparable: Principes Généraux et Principes en émergence en: Gaillard ed., Transnational Rules in International Commercial Arbitration, ICC Pub. No. 480/4, Paris (1993) pp. 209-222
	Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts, Parties, Issues - An Analysis, Journal of International Arbitration (2001), Vol.18, n°3, p. 336
HEUZE, V.	La vente internationale de marchandises, LGDJ (1992)
HUBER, P MULLIS, A.	The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners
JACQUET, J-M.	Le droit de la vente internationale, le mélange des sources, Mélanges Ph. Kahn
KAHN, Ph.	Les conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux (2000-2 et 3) Rev. dr. unif. 121
KOCH, R.	The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Pace ed., Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1998) pp. 177-354.
LEBOULANGER, P.	Multi-Contract Arbitration, Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 1996 Vol.13 n°4) pp. 43-97
LOQUIN, E.	Où en est la lex mercatoria?, en Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle, con motivo de los 30 años de investigaciones del CREDIMI, Mélanges Ph.Kahn, Litec, 2000, p. 23
	Les règles matérielles du commerce international (III. Droit du commerce international, Quatrième Séance), Revue de l'Arbitrage, (Comité Français de l'Arbitrage 2005 Vol.2005 n° 2) pp. 443 - 464
MALAUURIE, Ph. AYNES, L.	Les obligations, éd. Cujas, 8e éd., n° 691 y ss.
MANTILLA-SERRANO, F.	Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues? En Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration. Paris: ICC Publishing S.A., (2010)
MAYER, P.	L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé, Mélanges Loussouarn, Dalloz (1994), p. 276
	L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Collected Courses Of The Hague Academy of International Law, Vol. 217.
MOULY, C.	La conclusion du contrat selon la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises: DPCI (1989), p. 400
MOUSSERON, J-M.	Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise, 4a edición, LexisNexis, Paris, §433
MUIR-WATT, H.	L'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises devant l'arbitre, Rev. dr. aff. int. (1996), n° 3, p. 401
PÁSARO MÉNDEZ, I.	El arbitraje: método eficaz de solución de conflictos. Noticias Jurídicas Septiembre 2005

PERALES VISCASILLAS, P.	El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), Pace Law School Institute of International Commercial Law
QUESADA SANCHEZ, A. J.	Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español, fascículo de la Universidad de Derecho de Málaga, 2003.
REDFERN, A.	The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator, Journal of International Arbitration, (Kluwer Law International 1986 Vol.3 nº1) pp. 19-34
SCHLECHTRIEM, P., SCHWENZER, I.	Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 3rd edition, Oxford (2010)
SCHLECHTRIEM, P.	Uniform Sales Law. The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany, Institute of International Commercial Law, Pace Law School
	The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. § 6.03 Conformity of the Goods
SCHLECHTRIEM P., WITZ, C.	Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: champ d'application, formation du contrat, effets de la vente, droits et obligations des parties, inexécution et moyens, Dalloz, 2008, p. 349
SCHNEIDER, M. E.	The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. Some observations on the process and the results, Cahiers de l'arbitrage, 1 de octubre de 2011, nº 4, p. 903
UGARTE, R., BEVILACQUA, T.	Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions.
UNCITRAL Digest	UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (2012)
	UNCITRAL Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (2012)
VÁRADY, T., BARCELÓ J., VON MEHREN, A.	International Commercial Arbitration: A transnational perspective, Thompson West, 3rd edition, 2003.
WALT, S.	Decision by Division: The Contractarian Structure of Commercial Arbitration, Rutgers Law Rev., Vol.51 (1999), pp. 369, 410
WATTE, N. NUYTS, A.	Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique, (2003) 2 J.D.I 366, 385
WEISZBERG, G.	Le "raisonnable" en droit du commerce international, Tesis, 2003
WINSHIP, P.	International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention, Uniform Commercial Code Law Journal 55 (1984), p. 65
WITZ, C.	L'exclusion de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties, D. 1990, chron. p.107

I. RELACION DE HECHOS

1. La demandante NAZCA S.A. (en adelante “NAZCA”), sociedad matriz del Grupo NAZCA EMPRESAS, es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Cervantia, con domicilio social en Calle Quijote, n° 45, ciudad de Barataria, Cervantia. Se dedica a la producción y distribución de aceites vegetales, así como de vinagres, aceitunas y mahonesa. Gracias a su actividad, NAZCA disfruta de un gran renombre a nivel internacional. Desde hace 7 años se encuentra en plena expansión en los mercados de Andina, Altiplania y Pampa.
2. Por su parte, la demandada, CHANCAS S.L. (en adelante “CHANCAS”) es una sociedad fundada de acuerdo con las leyes de Andina, con domicilio social en Avda. Gran Chimú, n° 99, ciudad de Yahuarpampa, Andina. Su actividad económica principal es la distribución de neumáticos.
3. NAZCA buscaba adquirir una sociedad que respondiese a sus necesidades de distribución para expandirse en Andina y HUACA S.A. (en adelante “HUACA”) propiedad de CHANCAS se presentó como la mejor opción para cumplir dichos objetivos.
4. El 2 de mayo de 2012, se concluyó entre NAZCA y CHANCAS, un Contrato de Compraventa sobre el 100% de las acciones de la sociedad HUACA. Tras dos semanas de actividad de la recién adquirida HUACA, se recibió notificación de la apertura de un expediente sancionador del Ayuntamiento de Yahuarpampa estableciendo a la carga de HUACA una sanción de 550.000 € como consecuencia de un vertido de residuos realizado en el río Topama entre los meses de septiembre y diciembre de 2012.
5. Debido a la incertidumbre que dicha sanción generó y con el ánimo de conocer con exactitud la situación de HUACA, NAZCA decidió ordenar un informe pericial independiente sobre la situación económica de HUACA, donde se puso de manifiesto que existían pasivos ocultos por un valor de 550.000 €. En ese mismo informe se detallan los gastos en los que incurrió NAZCA con motivo de la transacción y que no serán recuperados tras la resolución del Contrato de Compraventa. Dichos gastos ascienden a 2.573.864,9 €.
6. Mediante un correo electrónico del 13 de junio de 2012 (Documento N° 11 de la Solicitud de arbitraje), NAZCA procedió a la resolución del Contrato de Compraventa, poniendo las acciones a disposición de CHANCAS y solicitando el previo reintegro del precio pagado en un plazo de 15 días naturales.
7. Una semana después de resolver el contrato, la actividad de HUACA fue suspendida como consecuencia de una medida cautelar emitida por el Ayuntamiento de Yahuarpampa y notificada a NAZCA.
8. Ante el silencio de CHANCAS, NAZCA presentó una solicitud de notificación de arbitraje el 16 de julio de 2012. La controversia sometida al Tribunal en su momento versaba sobre el incumplimiento del Contrato de Compraventa, en la medida en que los bienes vendidos no fueron conformes a lo que se acordó en el contrato.

9. Tras la respuesta presentada por CHANCAS, se procedió a la constitución del Tribunal Arbitral el 28 de septiembre de 2012¹.
10. Seguidamente, el 15 de Octubre de 2012, se dio traslado a CHANCAS y a los Sres. Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Varela (en adelante, los “Asociados”) la Solicitud conjunta presentada por NAZCA y TLÁLOC CORP (en adelante “TLÁLOC”) relativa a la participación de ésta última en el presente procedimiento arbitral. La sociedad TLÁLOC es una sociedad de Derecho Azteca, especializada en el sector alimentario de Andina. En dicho mercado TLÁLOC tiene una filial en la que participan al 50% con NAZCA.
11. En la Solicitud conjunta se requirió la ampliación del ámbito subjetivo de la demanda a los Asociados, quienes han actuado conjuntamente siempre en nombre de CHANCAS en todas y cada una de las negociaciones relativas a esta controversia.
12. La intervención de TLÁLOC tiene su origen en la conclusión de un Acuerdo Estratégico del 1 de diciembre del 2010 entre ésta última, CHANCAS y los Asociados, en el que se establecieron las obligaciones asumidas por ambas partes, en lo relativo al mercado en el que intervenían. Como consecuencia del Acuerdo Estratégico, TLÁLOC presentó a CHANCAS y a los Asociados una oferta para adquirir de CHANCAS el 50% de HUACA.
13. Sobre las bases de dicho Acuerdo, el 7 de marzo de 2012, TLALOC, CHANCAS y los Asociados acordaron la transmisión del 50% de las acciones de HUACA a TLÁLOC, tal y como quedó plasmado en el intercambio de correos electrónicos. El precio, a saber 70% de valor contable por acción, fue acordado en consideración de los riesgos económicos que la actividad de HUACA y la coyuntura económica podían comportar.
14. A pesar de la existencia de dicho Acuerdo, CHANCAS y Asociados entablaron las negociaciones con NAZCA, las cuales llevaron a la suscripción del Contrato de Compraventa sobre el 100% de HUACA en perjuicio del 50% que ya pertenecía a TLÁLOC en virtud del Acuerdo de Compraventa. El precio ofrecido por NAZCA fue muy superior al propuesto por TLÁLOC, además de referirse a la totalidad de las acciones y no al 50%.
15. TLÁLOC por su parte no fue informada de las negociaciones entre CHANCAS y Asociados y NAZCA. Esta última por su parte tampoco fue informada del acuerdo alcanzado previamente por TLÁLOC. La falta de información supuso, por un lado, el incumplimiento del Acuerdo Estratégico, y por otro, no sólo la ruptura de las negociaciones, sino el incumplimiento del Acuerdo de Compraventa ya suscrito. Este mismo proceder supuso que NAZCA firmase un Contrato de Compraventa sobre unos bienes que ya habían sido vendidos a TLÁLOC, y que, por tanto, no podía adquirir.

¹ Caso Moot Madrid pp. 27, 33, 38, 39 y 40.

II. PUNTOS EN LITIGIO

16. En consideración de las circunstancias de la presente disputa, los puntos que se pretende demostrar son los siguientes:

En cuanto a la competencia

- El Tribunal Arbitral es competente para decidir toda cuestión relativa a su composición.
- El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para conocer de la controversia planteada por NAZCA y por TLÁLOC conjuntamente.
- El Tribunal Arbitral fue correctamente constituido, de conformidad con el principio de igualdad entre las partes.

En cuanto a la ley aplicable

- Los Principios Unidroit y la CCIM, en tanto que principios generales, son aplicables al Acuerdo Estratégico y de Compraventa suscritos entre TLÁLOC y los Asociados junto con CHANCAS.
- La ley de Cervantia es aplicable a los Acuerdos Estratégico y de Compraventa dado que se trata de una disputa en materia contractual. Por lo tanto, la ley de Andina no es aplicable.
- La CCIM es aplicable en su totalidad al Contrato de Compraventa suscrito entre NAZCA y CHANCAS.

En cuanto al fondo de la controversia

- CHANCAS y Asociados incumplieron con sus obligaciones de formalizar el Acuerdo de Compraventa y entregar el objeto de la venta es decir el 50% de las acciones de HUACA.
- CHANCAS y Asociados incumplieron sus obligaciones de acuerdo con lo convenido en el Acuerdo Estratégico, con lo cual TLÁLOC tiene derecho a la indemnización prevista a este efecto por el Acuerdo Estratégico.
- CHANCAS incumplió con sus obligaciones de entregar acciones conformes a los términos del Contrato de Compraventa y libres de derechos de terceros, con lo cual NAZCA tenía derecho a resolver el Contrato de Compraventa.
- CHANCAS debe responder por los daños y perjuicios sufridos por NAZCA en consecuencia del incumplimiento del Contrato de Compraventa.

III. COMPETENCIA

17. El Tribunal Arbitral es competente para conocer sobre el conjunto de cuestiones planteadas en la presente controversia.

A. El Tribunal Arbitral es el único competente para conocer las cuestiones relativas a su composición

18. Será demostrado que el Tribunal Arbitral que ha sido constituido, es el único competente para resolver toda cuestión relativa a su propia composición (1). El fundamento de esta afirmación es el principio *kompetenz-kompetenz*, debido a la función limitada que, en virtud de la voluntad de las partes a la controversia, cumple la

Autoridad Nominadora (2).

1. El principio de *Kompetenz-Kompetenz* confiere la facultad al Tribunal Arbitral para resolver las cuestiones relativas a su competencia

19. La resolución de la cuestión relativa a la composición del Tribunal conlleva un análisis de las convenciones arbitrales y de las modalidades de constitución previstas por las partes. En virtud del principio de competencia-competencia, dicho análisis corresponde al propio Tribunal.
20. El principio de competencia-competencia² concede prioridad al Tribunal Arbitral para conocer de su propia composición y competencia sobre el litigio. Este principio tiene fundamentalmente dos efectos. Primero el reconocimiento al Tribunal de una prerrogativa para examinar su competencia, o efecto positivo; y en segundo lugar, la exclusión de toda intervención externa de los jueces nacionales, o efecto negativo³. En aplicación del efecto positivo, el Tribunal Arbitral disfruta de prioridad para conocer sobre su competencia y de toda objeción relativa a la convención arbitral que funda su jurisdicción. Es esta segunda vertiente la que nos ocupa.
21. El artículo II.3 de la Convención de Nueva York, ratificada por los Estados de las partes a la controversia⁴, consagra este principio. Este principio de envergadura transnacional⁵ se encuentra consagrado en el artículo 16 de la LMA que prevé que: “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje*”, dicha ley ha sido adoptada en el ordenamiento jurídico nacional de la sede del presente Tribunal⁶. Asimismo, el artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en adelante el “Reglamento CNUDMI”), y el artículo 28 del Reglamento de la Corte de Madrid (en adelante el “RAM”), al cual las partes someten el presente proceso, establecen este principio, según el cual el Tribunal Arbitral tiene la prerrogativa de examinar prioritariamente su propia competencia con relación a un litigio.
22. Cabe agregar que este principio, al igual que el arbitraje en sí, persigue un objetivo de

² Un análisis pormenorizado del mismo puede encontrarse en Fouchard, Ph., Gaillard, E., Goldman, B.: *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, Savage Eds. 1999. p. 197; Mayer, P.: “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *Collected Courses Of The Hague Academy of International Law*, Vol. 217. - Váradi, T., Barceló J. y Von Mehren, A.: *International Commercial Arbitration: A transnational perspective*, Thompson West, 3rd Ed., 2003.

³ Gaillard, E.: “L'effet négatif de la compétence-compétence”, en *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, p. 387. “*The principle of competence-competence, which empowers arbitrators to determine their own jurisdiction, would appear today to have gained universal acceptance [...], much like the arbitration clause itself, has both a positive effect and a negative effect*”; Boucaron-Nardetto, M.: “Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage”. Tesis dirigida por J-B Racine. Université de Nice Sophia-Antipolis 2011.

⁴ Notificación de arbitraje. Caso Moot Madrid, p. 4. §20.

⁵ Born, G. : *International Commercial Arbitration*. Chapter 6. Kluwer Law International, 2009 p. 853; por ejemplo el artículo 22 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española, el artículo 30 del Arbitration Act del Reino Unido de 1996, y el artículo 1458 del Código procesal civil francés entre otros. Asimismo, el Reglamento de la CCI de 2012 refleja este principio fundamental en su artículo 6(3).

⁶ Orden Procesal N°4 punto 18.

eficacia⁷, evitando intervenciones externas por parte de las jurisdicciones estatales, así como prácticas dilatorias iniciadas por las partes al proceso⁸. El Tribunal Arbitral está llamado a velar por el cumplimiento de este objetivo, tal y como se indica en el artículo 17.1 *in fine* del Reglamento CNUDMI: “*En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes*”.

23. Dado, que la ley arbitral de la sede, Madre Patria, inspirada en la Ley modelo de arbitraje CNUDMI (en adelante “LMA”), no establece el momento preciso a partir del cual se considera constituido el Tribunal. Tampoco lo hace el Reglamento CNUDMI. Por tanto, el criterio más pertinente es la aceptación por los árbitros de su misión⁹. La aceptación por la Presidenta del Tribunal, D^a ZZZ¹⁰, emitida el 28 de septiembre de 2012, marca el momento a partir del cual el Tribunal es el único que podrá conocer de cualquier incidente concerniente a su composición. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral podrá decidir sin ninguna intromisión externa, si efectivamente fue constituido correctamente. Por lo tanto, este Tribunal Arbitral podrá decidir sin ninguna intromisión externa, si efectivamente fue constituido correctamente.

2. La función de la Corte de Arbitraje de Madrid, en tanto que Autoridad Nominadora, es restringida y no puede afectar las actuaciones del Tribunal Arbitral constituido de acuerdo con la voluntad de las partes

24. Es la voluntad de las partes la que determina el margen de actuación del Tribunal Arbitral. Según lo dispuesto en las convenciones arbitrales que fundan la presente controversia, la Corte de Arbitraje de Madrid (en adelante, “CAM”) intervendrá en el momento de la nominación, sin ninguna otra referencia a los incidentes procesales que podrían surgir una vez constituido el Tribunal Arbitral.
25. Así, las partes en ningún momento confieren a la CAM funciones más allá del límite indicado. Si las partes lo hubiesen deseado podrían haber designado un arbitraje institucional en el que dispondrían de un centro que administrase el procedimiento. Tal no es el caso, puesto que claramente se previó un arbitraje *ad hoc*, regido por el Reglamento CNUDMI, el cual deja un gran margen de actuación al Tribunal Arbitral.

⁷ El arbitraje es el instrumento garantista por antonomasia del comercio internacional. Ancel, J-P: “L’actualité de l’autonomie de la clause compromissoire”, *Trav. Com. fr. DIP*, 1991-1992, p. 75. Jean-Pierre Ancel, antiguo presidente de la Primera Sección civil de la Corte de Casación francesa “*il est déduit des exigences du commerce international, où l’arbitrage est devenu le mode normal de règlement des litiges, le seul adapté aux réalités économiques des échanges internationaux de biens et de services [...]. Il fallait établir une protection juridique particulière pour cette convention particulière afin d’en assurer l’efficacité*”; Gaillard, E.: “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”. *Recueil Dalloz*, 20 de enero de 2011, N° 3; Pásaro Méndez, I.: “El arbitraje: método eficaz de solución de conflictos”. *Noticias Jurídicas*, Septiembre 2005; Feldstein de Cárdenas, S.: “La reforma de la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: una mirada imprescindible para los legisladores argentinos” *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, (IproLex 2008 Vol. 1 n°3) pp. 849 - 875.

⁸ Walt, S: “Decision by Division: The Contractarian Structure of Commercial Arbitration”, *Rutgers Law Rev.*, vol. 51 (1999), pp. 369, 410.

⁹ Cartas de aceptación y declaraciones de independencia e imparcialidad enviadas a las Partes del 13 de julio de 2012, 10 de agosto de 2012, 14 de septiembre de 2012. Caso Moot Madrid pp. 36-37.

¹⁰ Cartas del 18 y 28 de septiembre de 2012. Caso Moot Madrid pp. 38-49.

26. El rol de la Autoridad Nominadora¹¹ de acuerdo con el Reglamento CNUDMI no es equivalente al que puede tener una institución administradora del arbitraje. Sus funciones se limitan al nombramiento del o de los árbitros en los casos en los que las partes son reticentes o bien no logran ponerse de acuerdo, o cuando los co-árbitros no alcanzan un acuerdo sobre la persona que presidirá el tribunal¹².
27. En ese orden de ideas, en la comunicación enviada a las Partes¹³, la CAM recuerda que *“no administrará el mencionado procedimiento, habiendo actuado exclusivamente como Autoridad Nominadora, de acuerdo con el artículo 2.d de los Estatutos de la Corte”* (Énfasis añadido). Así, la Autoridad Nominadora confirma la designación del Presidente del Tribunal, e indica que su función ha concluido.
28. A título ilustrativo, en algunos derechos modernos, cuando se designa al Presidente del Tribunal de Comercio como autoridad de designación, éste estará llamado a cumplir una misión de nominación únicamente¹⁴. Cualquier incidente procesal que pueda presentarse posteriormente no será de su competencia, y corresponderá al propio Tribunal Arbitral.
29. En el presente caso, el Tribunal ya fue investido de su misión jurisdiccional. Siguiendo los argumentos expuestos hasta aquí, el Tribunal debe proseguir su misión sin intervención exterior alguna. Admitir la intervención de la Autoridad Nominadora tendría como consecuencia la disolución de este Tribunal, para seguidamente proceder a un nuevo nombramiento¹⁵. Dicha actuación sería contraria a la voluntad de las Partes¹⁶, además de conllevar un retraso innecesario e injustificado en la resolución de la disputa.
30. Por lo tanto, el Tribunal debe concluir que ha sido correctamente constituido respetando ambas convenciones arbitrales. Al encontrarnos en un proceso arbitral *ad hoc*, en el que las normas elegidas por las partes como aplicables al proceso no disponen lo contrario, el análisis de compatibilidad de las cláusulas arbitrales compete al Tribunal Arbitral, como se expone a continuación.

B. La composición del Tribunal Arbitral es conforme a las convenciones arbitrales

31. A diferencia de un arbitraje institucional, en el que las partes a la controversia se someten a un reglamento institucional, otorgando a la institución la función de ejercer un control *prima facie*, en particular en casos de arbitraje multipartito; en el arbitraje *ad hoc* no existe una institución que asuma dichas responsabilidades.

¹¹ M. Schneider. “The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. Some observations on the process and the results”, *Cahiers de l'arbitrage*, 1 de octubre de 2011, n° 4, p. 903.

¹² Artículo 13 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid.

¹³ Carta a las partes por correo electrónico del 28 de septiembre de 2012. Caso Moot Madrid pp. 39-40.

¹⁴ Artículo 1459 del Código procesal civil francés.

¹⁵ Tal sería la conclusión se la aplicación de la modalidad prevista en el artículo 14.2 del Reglamento de la Corte de Madrid.

¹⁶ En ambas cláusulas arbitrales las partes prevén una autoridad de designación. Caso Moot Madrid pp. 16 y 52.

32. Así, y en virtud del Reglamento CNUDMI acordado mutuamente por las partes para regir la resolución de sus disputas, corresponde al mismo Tribunal Arbitral efectuar dicho examen¹⁷.
33. El proceso arbitral en curso se inició bajo el amparo de la convención arbitral del Contrato de Compraventa. Cabe subrayar que las convenciones arbitrales del Contrato de Compraventa entre NAZCA y CHANCAS y del Acuerdo Estratégico entre TLÁLOC y CHANCAS y Asociados, son compatibles¹⁸.
34. En ambas convenciones, las partes someten al arbitraje *“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad”*. Asimismo, prevén un Tribunal Arbitral compuesto de 3 miembros que se regirá por las normas procesales previstas en el Reglamento CNUDMI y se desarrollará en español con sede en Matrice, Madre Patria. Respecto de la competencia material, las normas procesales aplicables, el idioma y la sede, existe una perfecta compatibilidad entre las convenciones contenidas en el Contrato de Compraventa y el Acuerdo Estratégico.
35. Si bien es cierto que la CAM aparece en ambas convenciones como Autoridad Nominadora, hay que recalcar que su función es limitada. Su intervención no puede tener lugar una vez constituido el Tribunal Arbitral, todo incidente deberá ser resuelto por el mismo Tribunal. Las convenciones son compatibles, por lo tanto la composición del Tribunal Arbitral respetó la voluntad de las partes.

C. El Tribunal Arbitral tiene jurisdicción sobre la controversia formulada por TLÁLOC contra CHANCAS y Asociados

36. En su respuesta a la solicitud de ampliación de la controversia sometida al conocimiento del Tribunal Arbitral, los demandados contestan, sin presentar argumentos de fondo, la jurisdicción del Tribunal Arbitral para decidir conjuntamente las pretensiones planteadas por las demandantes, NAZCA y TLÁLOC.
37. Las demandantes pretenden demostrar al Tribunal Arbitral de una parte, que del análisis de la relación jurídica entre las demandadas se puede concluir una comunidad de intereses tal, que deben ser tratadas como una sola parte, y de otra, que no existe ningún impedimento legal para que el Tribunal Arbitral resuelva la controversia en su conjunto, tal y como le ha sido planteada. Así, es conveniente analizar las relaciones e intereses subyacentes a la presente controversia, para enseguida analizar las disposiciones del Reglamento CNUDMI en cuanto a la intervención de terceros al arbitraje (1), lo cual nos permitirá concluir sobre la inexistencia de un perjuicio para los demandados (2) y

¹⁷ B. Hanotiau. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. Capítulo III. Kluwer Law International 2006, pp. 101 – 162. *“On the other hand, if it is true that the arbitrator can only be empowered by virtue of one or more arbitration clauses agreed between the parties, it is ultimately up to the arbitral tribunal itself (subject to the final control of the courts) to decide upon its own jurisdiction (the Kompetenz-Kompetenz principle) with regard to the various parties to the proceedings”*.

¹⁸ Documento N° 2 de la solicitud adicional. Caso Moot Madrid p. 51

sobre la jurisdicción que asiste al Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre el conjunto de pretensiones planteadas por las demandantes, agotando la disputa en su totalidad (3).

1. La controversia entre las demandantes NAZCA y TLÁLOC, y los demandados CHANCAS y Asociados presenta un carácter multipartito provisional

38. La solicitud de arbitraje en curso ante el Tribunal Arbitral fue presentada con fundamento en la convención arbitral del Contrato de Compraventa concluido entre NAZCA y CHANCAS. La solicitud adicional por su parte se funda en la convención arbitral del Acuerdo Estratégico concluido entre TLÁLOC, CHANCAS y Asociados. No debe escapar al Tribunal Arbitral que el objeto litigioso es en ambos casos el mismo.
39. Dado que ni la validez de la convención que fundamenta la solicitud de arbitraje, ni la competencia que deriva de ella, han sido contestadas por los demandados, no conviene detenerse en su análisis. Por el contrario, ante la objeción planteada frente a la solicitud de ampliación, es necesario analizar quiénes concurrieron efectivamente a la convención arbitral del Acuerdo Estratégico.
40. Tal y como consta en el caso¹⁹, los signatarios del Acuerdo Estratégico y en consecuencia de la convención arbitral incluida en él, son CHANCAS y los Asociados, éstos últimos actuando en nombre propio, así como en el de CHANCAS y el grupo de empresas CHANCAS. Se subraya que, al contrario de lo afirmado por los demandados en su Respuesta a la Solicitud Adicional²⁰, CHANCAS hizo parte de dicho acuerdo junto a los Asociados. Frente a este punto no cabe duda alguna.
41. De otra parte, el Contrato de Compraventa fue suscrito por NAZCA y por CHANCAS. Sin embargo, y a pesar de que sólo CHANCAS figura como signatario de dicho contrato, concluiremos que los Asociados eran parte de dicho contrato, así como de la convención arbitral incluida en él.
42. A este efecto, se invita al Tribunal Arbitral a extender los efectos de la convención arbitral del Contrato de Compraventa a los Asociados, lo cual permitirá establecer que el carácter multipartito del presente arbitraje es aparente o al menos provisional, que sí existe una coincidencia entre las partes a la presente controversia y que tanto CHANCAS como los Asociados son sujeto pasivo de las pretensiones de NAZCA y de las TLÁLOC.

¹⁹ Documento N° 2 de la Solicitud Adicional, extracto de condiciones del Acuerdo Estratégico, ***“REUNIDOS: De un lado, D. Ténoc Tlálloc, en nombre y representación de Tlálloc Corp., y todo el grupo de empresas Tlálloc. Y De otro, D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valero, que actúan en nombre propio, así como en el de CHANCAS SL y el grupo de empresas CHANCAS.”*** Caso Moot Madrid, pp. 51-52.

²⁰ Los demandados afirman ***“El Contrato de Compraventa se suscribió entre NAZCA y CHANCAS y el Acuerdo Estratégico, entre TLÁLOC, Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, de modo que ninguna de las partes coincide”***. (Énfasis añadido) Párrafo 10, Apartado IV, Respuesta preliminar de los demandados a la solicitud adicional.

a. Los efectos de la convención arbitral del Contrato de Compraventa concluido entre NAZCA y CHANCAS debe ser extendida a los Asociados

43. En el caso que nos ocupa la estructura clásica bipolar en la que intervienen dos partes, se ha visto alterada por la solicitud de intervención presentada por TLÁLOC contra CHANCAS y Asociados. Sin embargo, nos encontramos en realidad frente a un arbitraje multipartito provisional²¹. A pesar de la pluralidad formal de las partes, del análisis de los intereses que fundamentan las pretensiones de cada uno de los que intervienen en la controversia, resulta evidente que estamos ante dos bloques y no ante una pluralidad de intereses.
44. En cuanto a las demandantes, sus pretensiones en contra de los demandados no sólo se refieren al mismo objeto litigioso, a saber la propiedad sobre HUACA, sino que adicionalmente los elementos de hecho de ambas controversias, analizadas en su conjunto, permitirán al Tribunal deducir las consecuencias que se derivan en cuanto a la responsabilidad contractual de los demandados. En cuanto a los demandados, resulta evidente que los Asociados ejercieron desde la formación del Contrato de Compraventa hasta su incumplimiento, una innegable influencia, de tal suerte que es posible configurar una voluntad implícita por parte de los Asociados de concurrir al arbitraje entre CHANCAS y NAZCA.
45. Así, tal y como resulta de una amplia jurisprudencia arbitral²², la extensión de la convención a un no signatario se justifica plenamente en casos en los que, en razón del comportamiento del tercero es posible deducir un consentimiento implícito al arbitraje. A este respecto cabe recordar que la firma es tan sólo una forma de expresar el consentimiento, mas no la única.
46. Gracias a una interpretación flexible que toma en cuenta las necesidades y la práctica en el comercio internacional, el carácter escrito de la cláusula, así como la firma de las partes han sido minimizados, sin que por ello, la piedra angular del arbitraje: la voluntad de las partes, haya sido abandonada²³. Así, siguiendo las consideraciones del célebre laudo en el caso *Dow Chemical*, el papel que los no firmantes desempeñan en la conclusión, la ejecución y el incumplimiento del contrato que contiene una convención de arbitraje puede ser determinante en la caracterización de un consentimiento implícito de adhesión al proceso arbitral. Esta jurisprudencia sentó las bases de lo que será denominado por la doctrina la teoría del grupo de sociedades²⁴, teoría que es

²¹ J.-L. Delvolvé., “L'arbitrage multipartite en 1992”, *ASA Bulletin*, 1992. pp. 154 – 197.

²² Dow Chemical. Laudo CCI N° 4131/1982, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985*, pp. 146 ss. ; *JDI*, 1983.899 ss., nota de Y. Derains ; *Rev. arb.*, 1984.137. Otros laudos y sentencias judiciales reconocen esta misma posición: Paris, 1re Ch., 21 de octubre 1983, Dow Chemical, nota de A. Chapelle, *Rev. arb.*, 1984.98.; Paris, 1re Ch., 30 de noviembre de 1988, Korsnas Marma, *Rev. arb.*, 1989.691, nota de P.-Y. Tschanz, p. 694.; Paris, 1re Ch., 28 de noviembre 1989, Cotunav, *Rev. arb.*, 1990.675, nota de P. Mayer.

²³ “La pierre angulaire de la règle matérielle française sur l'existence et l'efficacité de la convention d'arbitrage [...], sa portée ratione personae est la commune volonté des parties d'être liées par celle-ci, volonté qui peut être exprimée de manière implicite”. A. Dimolitsa. “L’“extension” de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf”, *Bulletin de l'ASA* 2012, p. 524.

²⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Gaillard & John Savage, ed. (Kluwer, 1999). p. 289 y ss.

conveniente aplicar por analogía, como se verá más adelante, al caso de dirigentes/asociados no signatarios.

47. La extensión de los efectos de la convención arbitral a no signatarios responde igualmente a una regla material de validez de la convención arbitral reconocida en arbitraje internacional, independientemente del derecho aplicable, tal y como fue enunciado por la jurisprudencia francesa recientemente: *“La voluntad de las partes es suficiente para validar la convención arbitral, esta última se sustrae al dominio de los derechos nacionales”*²⁵.
48. Con el fin de determinar si los Asociados concurren efectivamente al Contrato de Compraventa y en consecuencia a la convención arbitral en él incluida, es conveniente analizar de una parte el comportamiento de las partes no signatarias durante la formación y la ejecución del contrato, y de otra parte la operación económica subyacente al contrato, esto es la venta del objeto litigioso, HUACA.

a.1. El comportamiento de los Asociados, expresión de su consentimiento al arbitraje

49. La firma es una de las tantas formas que existen para expresar el consentimiento, una convención arbitral puede también ser aceptada tácitamente. La extensión de los efectos de la convención arbitral a terceros no signatarios responde a una regla material de validez de la convención arbitral reconocida por la jurisprudencia arbitral internacional.
50. Del conjunto de documentos aportados al caso, se desprende una clara voluntad de los Asociados de concurrir al arbitraje. Así por ejemplo, el resumen de la conversación telefónica en virtud de la cual las partes dan por finalizadas las negociaciones que darán lugar a la conclusión del Contrato Compraventa de HUACA: el consejero delegado de NAZCA, en su calidad de representante, se dirige a todos y a cada uno de los Asociados, sin distinción en cuanto a la calidad que les asiste²⁶, al igual que en la respuesta de los Asociados²⁷, quienes manifiestan su acuerdo, indicando *in fine*: *“Esperamos el documento [Contrato de Compraventa] para firmarlo todos.”* Es importante subrayar que esta respuesta fue formulada por los Asociados sin indicar la calidad bajo la cual manifestaban su acuerdo, de tal suerte que el co-contratante NAZCA pudo abrigar la creencia legítima de que estaba contratando directamente con los Asociados, que CHANCAS cumplía un rol formal, en tanto que simple instrumento de los Asociados para concluir el negocio.
51. Los Documentos N° 6 y 7²⁸, en los que los demandantes indagan sobre la situación patrimonial de HUACA e informan a los Asociados de la sanción que pesa sobre la

²⁵ CA Paris, 24 de noviembre de 2011, EGPC, *Rev. arb.* 2012.134, nota de M. Laazouzi; *D.* 2012, *Panorama.*, N° 44, obs. Th. Clay.

²⁶ Documento de la solicitud N° 2. Resumen de la conversación telefónica de fecha 9 de abril de 2012. Caso Moot Madrid p. 13.

²⁷ Documento de la solicitud N° 3. Respuesta a la conversación telefónica de fecha 11 de abril de 2012. Caso Moot Madrid p. 14.

²⁸ Documentos de la solicitud N° 6 y 7. Situación patrimonial de HUACA de fechas 18 de mayo y 23 de mayo de 2012. Caso Moot Madrid, pp. 18 – 19.

sociedad objeto de la compraventa, se puede observar que nuevamente los Asociados responden en nombre propio y no en nombre y representación de CHANCAS.

52. Más aún, resulta revelador del consentimiento de los Asociados el hecho que en el mismo Contrato de Compraventa se presentan y firman en tanto que “la parte vendedora”, mientras que el señor Pedro Serrano, representante de NAZCA, firma por parte de la compradora NAZCA anteponiendo a su firma la abreviación “P.P”, esto es por procuración, quedando clara la calidad que el mismo asumió en la conclusión del contrato²⁹.
53. Así, la participación de los Asociados no se limitó a la mera conclusión del contrato, los mismos no sólo intervinieron durante su ejecución, sino que además participaron activamente en su incumplimiento, dado que fueron ellos mismos quienes entablaron las negociaciones con TLÁLOC³⁰ en virtud del Acuerdo Estratégico, negociaciones que dieron lugar a la conclusión del Acuerdo de Compraventa sobre el 50% de las acciones de HUACA.
54. Una vez examinadas las circunstancias de hecho y tomando en consideración las teorías del grupo de sociedades y del *alter ego* o levantamiento del velo social, el Tribunal podrá concluir la necesidad de extender a los Asociados los efectos de la convención arbitral del Contrato de Compraventa.

a.2. La existencia entre los demandados de una comunidad de intereses y de obligaciones

55. Si bien a primera vista no existe una total identidad entre las partes que concurren a las cláusulas arbitrales, si se analizan los intereses de CHANCAS de una parte y los de los Asociados de otra, se debe concluir que a pesar de la personalidad jurídica distinta, los intereses de ambos están íntimamente relacionados, justificando la jurisdicción del Tribunal Arbitral para resolver la disputa en su totalidad.
56. En virtud de la teoría del grupo de sociedades, un tercero al arbitraje puede verse obligado por la convención arbitral en razón de un comportamiento que permite establecer un consentimiento implícito al arbitraje. En cuanto a la teoría del levantamiento del velo social, la extensión de los efectos de la cláusula se admite en razón del control decisivo que dicho tercero ejerció sobre la parte que expresó su consentimiento al arbitraje. En este último caso, la personalidad moral distinta de la entidad frente a sus asociados no puede constituir una herramienta que permita al controlante escapar a sus obligaciones o frustrar los derechos de las demandantes.
57. Habiendo analizado el comportamiento de los Asociados a través de los documentos que constan en el caso, se puede concluir que CHANCAS es el instrumento de los

²⁹ Documento de la solicitud N° 4. Contrato de Compraventa de acciones de fecha 2 de mayo 2012. Caso Moot Madrid, pp. 15 – 16.

³⁰ Documentos de la solicitud adicional N° 2, 3, 4, 5 y 6. Caso Moot Madrid, pp. 51 – 56. En todos ellos se puede apreciar que los Asociados son parte del Acuerdo Estratégico y del Acuerdo de Compraventa sobre el 50% de las acciones de HUACA, los mismos concurren a la operación económica tanto como representantes de CHANCAS, que como en nombre propio.

Asociados, su personalidad jurídica es de orden formal. Los Asociados en su rol de accionistas y de dirigentes de CHANCAS han instrumentalizado esta última con el fin de servir sus propios intereses, sin que la autonomía propia a las personas jurídicas aparezca clara en lo que respecta a CHANCAS.

58. Siguiendo la doctrina especializada en la materia, si bien en la mayoría de casos de extensión a no signatarios se hace referencia a grupos de sociedades y no a individuos, los principios que gobiernan esta situación deben aplicarse, *mutatis mutandis*, a casos en los que el individuo trata de prevalerse de una convención arbitral a la cual no adhirió explícitamente³¹. La extensión en estos casos encuentra justificación igualmente en el hecho de que los miembros del grupo constituyen una misma realidad económica, para retomar los términos empleados en el caso *Dow Chemical*³².

a.3. La extensión de la convención arbitral debe ser admitida en nombre de la equidad, la eficacia y la buena administración de la justicia que caracterizan al arbitraje.

59. A pesar de que la equidad, la eficacia y la buena administración de la justicia no constituyen por sí solas razones suficientes para admitir la aplicación de los efectos de la convención arbitral a no signatarios, la jurisprudencia arbitral, haciendo gala de un gran sentido práctico, ha admitido dichos criterios como argumento accesorio para admitir la extensión. En el caso *Westland*³³, el Tribunal admitió la extensión, fundado en razones prácticas y en consideraciones de equidad, en particular en el hecho que de no admitirse las partes al arbitraje, la situación era susceptible de configurar un caso de denegación de justicia.
60. El caso que nos ocupa, la extensión se justifica en la medida en que los Asociados pretenden sustraerse al arbitraje a pesar de haber jugado un rol determinante en lo que toca al incumplimiento de los contratos que fundan la presente controversia. Resulta evidente que el perjuicio económico que sufren las demandantes deriva directamente del comportamiento de los Asociados, dado que son estos últimos quienes llevan las riendas del día a día de CHANCAS.
61. En conclusión, se solicita al Tribunal Arbitral la admisión de los demandados al arbitraje, en razón de la innegable participación de los Asociados, a instancias de CHANCAS, al Contrato de Compraventa y de su aceptación tácita de concurrir al arbitraje. De otra parte, las características de la controversia permiten recurrir al

³¹ B. Hanotiau, "Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues - An Analysis", *Journal of International Arbitration*, 2001, Vol. 18, n° 3, p. 293, subraya que: "[...] although a large part of the case law concerns the extension of the clause to non-signatory respondents, and although the issue generally arises in relation to companies, not individuals, the principles that govern the issue may generally be considered applicable, *mutatis mutandis*, to a case where a party-individual or company-tries to avail itself of an arbitration clause to which it did not formally adhere".

³² Dow Chemical: "[...] un groupe de sociétés possède, en dépit de la personnalité juridique distincte appartenant à chacune de celles-ci, une réalité économique unique dont le tribunal arbitral doit tenir compte lorsqu'il statue sur sa propre compétence [...]", Laudo CCI N° 4131/1982, *op. cit.*

³³ *Westland c/ Arab Organization for Industrialisation*, Laudo CCI n° 3879, 25 de marzo de 1984, *Clunet* 1985. pp. 233.

mecanismo de la intervención de terceros, mecanismo reglamentado por el Reglamento CNUDMI en su artículo 17.5.

b. Las disposiciones del Reglamento CNUDMI sobre la intervención de terceros ofrecen al Tribunal Arbitral un amplio margen de apreciación para admitir la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la controversia

62. El artículo 17.5 del Reglamento CNUDMI, sobre la intervención de terceros, dispone: *“El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje”*.

En otras palabras, el Tribunal Arbitral dispone de un amplio margen de apreciación frente a la admisión de un tercero al proceso arbitral en curso. El límite de este poder de apreciación lo constituye el caso en que la intervención resulte perjudicial para alguna de las partes.

63. Es importante resaltar que esta disposición fue introducida en el Reglamento con ocasión de la revisión que entró en vigor en el 2010. Los documentos del Grupo de Trabajo que estuvo a cargo de la reforma muestran que la necesidad de incluir una disposición que regulase la intervención de terceros fue discutida. Sin embargo teniendo en cuenta que se trata de una práctica admitida y que el Tribunal Arbitral tiene, en virtud del artículo 17.1 del Reglamento la facultad de *“dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado”*, se estimó que no era necesario incluir una disposición explícita al respecto³⁴.

De acuerdo con el espíritu de los trabajos previos a la reforma del Reglamento CNUDMI, tenemos de una parte que el Tribunal Arbitral posee un verdadero margen de apreciación soberana frente a la admisión de terceros.

64. De otra parte es necesario resaltar, a fin de analizar el perjuicio que se deriva de la intervención, el hecho de que la parte interviniente puede ser parte integrante de un “grupo de empresas”, caso en el que, como bien lo explica M. Schneider³⁵, no se causa perjuicio alguno. En el caso que se examina, cómo admitir un perjuicio derivado de la

³⁴ Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006). A/CN.9/614. §81-82.

Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/575/29/PDF/V0657529.pdf?OpenElement>.

³⁵ M. Schneider *op.cit.* Nota 10. “[...] Working Group eventually decided to leave the issue to the arbitral tribunal. The criterion by reference to which the arbitral tribunal has to make its decision is the question whether the joinder causes “prejudice to any of those parties”, i.e. all parties to the arbitration and the person to be joined. For the party being joined, the fact that it has not had any part in the formation of the tribunal may be such a case of prejudice; but there may be others, for instance if the companies of the joined party are part of the same group, so that no prejudice can be assumed to be caused”.

constitución del Tribunal y de la pretendida desigualdad alegada por los demandados adicionales, cuando se sabe que estos últimos no sólo tuvieron conocimiento de la actuación, sino que además participaron activamente en la constitución del Tribunal Arbitral. Si bien los asociados nombraron a uno de los árbitros actuando en nombre y representación de CHANCAS, no se entiende cómo es posible hacer abstracción de este elemento factual para alegar que dicha nominación fue efectuada en contra y/o en desconocimiento de los intereses de las demandadas.

c. *La correcta resolución de la controversia exige que el Tribunal Arbitral declare la jurisdicción que le asiste para conocer del conjunto de pretensiones formuladas por las demandantes*

65. No sólo no existe ninguna razón válida que impida la intervención de TLÁLOC en la presente instancia, sino que adicionalmente el Reglamento CNUDMI concede al Tribunal Arbitral un claro margen de maniobra para aceptar la solicitud. De no admitirse su intervención, los intereses y derechos de TLÁLOC sobre el objeto litigioso se verán necesariamente afectados como consecuencia de la decisión que resulte frente a las pretensiones formuladas por NAZCA contra CHANCAS. Adicionalmente, no es posible deducir ningún perjuicio del simple hecho que la demandante adicional, TLÁLOC, formule sus pretensiones contra los demandados.
66. Por último, el artículo 22 del Reglamento CNUDMI, admite, bajo el control del Tribunal Arbitral, las modificaciones de la demanda o de la contestación, en los siguientes términos: *“En el transcurso de las actuaciones, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, inclusive formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. [...]”*. En otras palabras, el Tribunal Arbitral ha sido habilitado expresamente para apreciar y decidir soberanamente de la admisión de una modificación y/o ampliación de la demanda y en consecuencia del ámbito subjetivo y objetivo de su jurisdicción.
67. La jurisprudencia arbitral tuvo la oportunidad de pronunciarse en un arbitraje de inversión *ad hoc*, bajo el Reglamento CNUDMI. En el caso *Marine Drive Complex c/ Ghana*³⁶, el Tribunal Arbitral admitió, después de haber sido constituido, la intervención de un tercer demandado, basándose para ello en el antiguo artículo 20 del Reglamento CNUDMI. Según el Tribunal el demandante puede modificar su demanda en cualquier momento, a menos que la modificación implique una demora innecesaria o un perjuicio para las partes. Para el Tribunal, el Gobierno –demandado adicional– estuvo al tanto de la instancia arbitral desde el principio del procedimiento, razón por la cual ningún perjuicio podía deducirse³⁷. Otro aspecto interesante que resulta de este

³⁶ *Antoine Biloune, Marine Drive Complex Ltd. v Ghana Investments Centre, the Government of Ghana*, Laudos del 27 de octubre de 1989, Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration* 1994, pp. 11 – 32.

³⁷ Laudo del 27 de Octubre de 1989, *id.* “[14] Under the UNCITRAL Rules, Art. 20, a claimant may amend his claim at any time [...] the amendment was made in the claimants’ first submission on the merits following the Statement of Claim, and in any case confirmed the obvious conclusion”.

mismo caso es el hecho de que el Tribunal se vio en la necesidad de abordar la cuestión de la extensión de la convención arbitral a uno de los demandantes, director y principal accionista de la demandante inicial *Marine Drive Complex Ltd. MDCL*. El principal accionista desempeñó un papel principal en la financiación y dirección del proyecto de inversión, algo que fue ampliamente conocido por el demandado inicial GIC.

68. En otro caso de arbitraje *ad hoc* del 3 de Marzo de 1999, no publicado pero mencionado por M. de Boissésón a propósito de arbitrajes complejos³⁸, el demandante modificó su demanda, adjuntando tres nuevos demandados, no signatarios de la cláusula arbitral, varios años después de que el proceso arbitral se iniciara. Después de examinar las reglas de procedimiento aplicables, el Tribunal consideró que nada impedía la intervención de otras partes en el procedimiento y que otra sería la solución en el caso en que las partes hubieran hecho referencia a reglas de procedimiento que limitaran en el tiempo o excluyeran la intervención de otros demandados. De otra parte las demandadas argumentaron un desequilibrio entre las partes, dado que no habían participado en la constitución del Tribunal. Este último rechazó la objeción al considerar que las demandadas conformaban un consorcio sometido a una *consortité nécessaire*³⁹ y que en consecuencia los cuatro demandados conformaban una sola parte que había consentido anticipadamente a la constitución del Tribunal Arbitral.
69. En el caso que nos ocupa, las partes admitieron la intervención de terceros en la medida en que decidieron someter el arbitraje al Reglamento CNUDMI, el cual, como ya quedó visto, prevé la intervención de terceros. Sin embargo, en orden a descartar un presunto perjuicio derivado de la intervención, es conveniente analizar si ésta hipótesis se configura o no.

2. Inexistencia de un perjuicio a los intereses de los demandados como consecuencia de la constitución del Tribunal Arbitral previamente a la admisión de la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la demanda inicial

70. Los demandados estiman que de la intervención de TLÁLOC y de la consiguiente admisión de sus pretensiones contra CHANCAS y Asociados con posterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral, se deriva un perjuicio, a saber un trato no igualitario que debe llevar a la disolución del Tribunal, es conveniente recordar la solución de la jurisprudencia evocada, según la cual, tomando en consideración los particularismos factuales del caso en el que las demandadas se encuentran relacionadas entre sí de tal

³⁸ M. de Boissésón. “La jonction de parties à l’instance arbitrale : deux décisions opposées”. L’arbitrage complexe - Supplément spécial 2003 *Bulletin de la Cour internationale d’arbitrage de la CCI*. En el mismo sentido B. Hanotiau. “Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues - An Analysis”, *Journal of International Arbitration*, 2001, p. 336.

³⁹ El derecho aplicable al caso que se analiza era el derecho suizo, razón por la cual se hizo referencia a la noción “*consortité nécessaire*”. Según el artículo 70 del Código de Procedimiento Civil: “1. *Les parties à un rapport de droit qui n’est susceptible que d’une décision unique doivent agir ou être actionnées conjointement. 2. Les actes de procédure accomplis en temps utile par l’un des consorts valent pour ceux qui n’ont pas agi, à l’exception des déclarations de recours.*”. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/272/a70.html>

modo que se entiende que el consentimiento del demandado inicial vale consentimiento de los tres demandados adicionales⁴⁰.

a. Consentimiento de todas las partes de someter las controversias al arbitraje

71. El Tribunal Arbitral debe considerar que TLÁLOC en tanto que tercero interviniente ha aceptado sin reservas el Tribunal tal cual fue constituido. Si bien existen dos partes demandantes, las mismas se han puesto de acuerdo para actuar bajo un mismo procedimiento frente a una pluralidad de demandados.
72. El consentimiento a la intervención es necesario, sin embargo la realidad demuestra que las partes no siempre explicitan dicho consentimiento, haciéndose necesaria la búsqueda de un consentimiento implícito. En este tipo de hipótesis corresponde al Tribunal Arbitral analizar la relación entre las partes, la existencia o no de obligaciones contractuales interrelacionadas, cláusulas de resolución de litigios idénticas, etc.
73. Cabe recordar que la validez de las convenciones arbitrales no ha sido contestada, que existe cierta claridad acerca del hecho de que todas las partes involucradas en la presente disputa han acordado resolver sus disputas delante de la instancia arbitral por cuanto el consentimiento que todas y cada una de ellas han expresado –sea éste expreso o implícito- ha sido establecido.

b. El principio de igualdad de condiciones en la constitución del Tribunal Arbitral ha sido observado

74. Ambas partes, demandantes y demandados, fueron puestos en situación de nombrar un árbitro en igualdad de condiciones.
75. Cabe recordar aquí el caso *Dutco*⁴¹, ampliamente conocido y comentado por la doctrina en cuanto a la igualdad de las partes en la designación del Tribunal. En este caso el Tribunal decidió que correspondía a la pluralidad de partes demandadas nombrar conjuntamente un solo árbitro, tal y como lo sugería la práctica de la institución [CCI] en esta época. La divergencia entre los intereses de los demandados había generado una desigualdad que fue censurada por la Corte de Casación francesa en razón del carácter de orden público del principio de igualdad de las partes en la nominación de los árbitros.

⁴⁰ M. de Boissésou. op. cit. “Dans l'affaire qui a donné lieu à la sentence d'arbitrage ad hoc du 3 mars 1999, les trois sociétés non signataires faisaient également valoir qu'elles auraient dû participer à la constitution du tribunal arbitral. Le tribunal arbitral a écarté cette objection parce qu'il a considéré que le défendeur, signataire de la convention d'arbitrage, et les autres défendeurs formaient un consortium soumis à la “consortité nécessaire” prévue par le droit suisse, et qu'en conséquence les quatre défendeurs formaient une seule partie qui avait consenti à l'avance à la constitution du tribunal arbitral. Il est évident que cette situation particulière permettait de dissiper la difficulté réelle venue de l'exigence d'égalité entre les parties lors de la constitution du tribunal arbitral, et que dans d'autres cas la situation juridique soumise au tribunal arbitral sera plus difficile si ce dernier est déjà constitué. Mais une fois encore, ce genre de difficulté n'est pas insurmontable.”. Énfasis añadido.

⁴¹ Corte de Casación francesa, Primera sección civil, 7 de enero de 1992, *Société BKMI et Siemens c. Société Dutco*, Rev. arb. 1992.470, nota de P. Bellet.

76. Las circunstancias concretas del caso demostraron que los intereses de las demandadas no estaban alineados, por el contrario eran opuestos, de manera que las demandadas no podían conformar “un bloque” a efectos de nombrar su árbitro. *A contrario*, en un arbitraje que implique una pluralidad de demandados entre los cuales existe, como en el caso que nos ocupa, una cierta comunidad de intereses, se debe concluir que los demandados deben designar conjuntamente un sólo árbitro.
77. Sin embargo y no obstante el hecho que los Asociados, fueron atraídos al proceso arbitral con posterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral, y después de haber analizado la relación entre estos últimos y la sociedad CHANCAS, debe concluirse que las partes se encontraron en igualdad de condiciones en cuanto a la nominación y conformación del Tribunal Arbitral, dado que ambas partes tuvieron la oportunidad de designar un árbitro.
78. El Tribunal Arbitral debe establecer su jurisdicción desde una perspectiva que tome en cuenta la realidad económica y comercial más allá de los aspectos formales, de esta forma la resolución del litigio sería integral, y englobaría todas las disputas, inclusive aquellas presentadas por una parte que inicialmente era un tercero al proceso⁴².
79. Para concluir, de los argumentos expuestos resulta que el Tribunal Arbitral es libre de determinar si admite la ampliación, tomando en consideración las repercusiones que puede tener este proceso arbitral sobre terceros interesados. El ámbito de jurisdicción de un tribunal arbitral debe ser determinado tomando en consideración los acuerdos sustanciales subyacentes, el fondo de la controversia debe ser el punto focal en el momento de determinar su jurisdicción.

3. El laudo final que dictará este Tribunal surtirá efectos sobre todas las partes, por cuanto el Tribunal Arbitral ha sido correctamente constituido

80. El Artículo V. 1 (d) de la Convención de Nueva York prevé entre los motivos de rechazo de reconocimiento y exequátur “*Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes [...]*”. En otras palabras, la constitución del tribunal debe respetar el acuerdo arbitral y las modalidades de constitución en él previstas.
81. El Reglamento CNUDMI propone la solución en caso de arbitrajes con múltiples partes en su artículo 10.1: “*[...] cuando se hayan de nombrar tres árbitros y exista pluralidad de demandantes o de demandados, a menos que las partes hayan convenido en valerse*

⁴² Caso CCI n° 6829 de 1992. “[...]the claims submitted by claimant in this arbitration are but a portion of a larger dispute involving other parties and other agreements and that several aspects of the complex legal and business relationships created by these various contracts and the courses of conduct pursued thereunder are currently before the United States District Court, [...] there might be circumstances under which a tribunal's duty is to look beyond the specific contract brought before it and to take into account the economic or business realities behind the legal structure”. Tal y como dejan ver los hechos del citado caso, las disputas contra ese “tercero” se llevaron ante una jurisdicción estatal, sin embargo el Tribunal concluyó en su laudo, que hubiera cabido conocer de la integralidad de la disputa dada la complejidad de la realidad comercial del caso.

Extractos del laudo disponibles en: <http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/document.aspx?id=ipn4819#>

de otro método para el nombramiento de los árbitros, las diversas partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro". La misma modalidad de nombramiento ha sido prevista en el artículo 14.1 del Reglamento de la CAM⁴³.

82. Es importante subrayar que ni la Convención de Nueva York, ni la LMA vigente en Madre Patria, elevan la igualdad de partes en la nominación del tribunal arbitral al nivel de principio autónomo. Por lo tanto, no existe riesgo de anulación del laudo.
83. En el caso que nos ocupa las partes participaron efectivamente en la nominación de los árbitros: TLÁLOC por una parte ratificó la designación realizada inicialmente por NAZCA, mientras que el bloque de demandados tuvo la posibilidad de nombrar un árbitro de forma conjunta, nombramiento efectuado materialmente por los Asociados.
84. El Tribunal fue constituido con arreglo a las modalidades de composición previstas en las convenciones arbitrales, respetando así los principios que rigen esta fase del proceso arbitral, por lo tanto el nombramiento de D. YYY por los demandados debe entenderse como perfectamente válido.
85. En conclusión, teniendo en cuenta que todas las partes involucradas en la presente instancia expresaron su voluntad inequívoca de someterse al arbitraje, que todas las partes tuvieron la ocasión y participaron efectivamente a la constitución del Tribunal Arbitral en igualdad de condiciones, que no existe ningún impedimento legal para que el Tribunal admita la ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la demanda, el Tribunal Arbitral debe concluir en la competencia que le asiste para resolver las objeciones de los demandados en cuanto a su jurisdicción *vis-à-vis* de la controversia tal cual le fue planteada, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 17. 1 del Reglamento CNUDMI "[...] *En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes*".
86. El Tribunal Arbitral es por tanto libre de determinar si da paso a la reunión de demandas. Para ello resulta indispensable que tome en consideración el hecho de que la controversia entre las partes se refiere a un mismo objeto litigioso: HUACA, que considerar las pretensiones formuladas tanto por NAZCA como por TLÁLOC frente a los demandados resulta necesario si se quiere llegar a una correcta resolución del litigio.

⁴³ Artículo 14 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid "*Pluralidad de partes I. Si hay varias partes demandantes o demandadas y procediera el nombramiento de tres árbitros, los demandantes, conjuntamente, propondrán un árbitro, y los demandados, conjuntamente, propondrán otro*".

IV. ARGUMENTOS DE FONDO

A. Las normas aplicables al fondo del litigio son los Principios Unidroit, la CCIM, en tanto que Principios Generales del Derecho del comercio internacional, y el Derecho de Cervantia

87. **Los demandantes** solicitan al Tribunal Arbitral que declare aplicable las normas referidas por las partes en las cláusulas de Leyes Aplicables del Acuerdo Estratégico concluido entre TLÁLOC, CHANCAS y Asociados⁴⁴ (1) y del Contrato de Compraventa entre NAZCA y CHANCAS⁴⁵ (2).

1. Los Principios generales de los contratos comerciales internacionales y el Derecho de Cervantia son aplicables al Acuerdo Estratégico y al Acuerdo de Compraventa, suscritos entre TLÁLOC, CHANCAS y Asociados

88. Los Principios Unidroit, como la CCIM, son las normas a las que se refirieron las partes cuando establecieron que los Principios generales serían aplicables al Acuerdo Estratégico. Subsidiariamente, el Derecho de Cervantia debe recibir aplicación, dado que la disputa es de orden contractual (a). Estas normas rigen los contratos que fundan la presente controversia y se aplican tanto al Acuerdo Estratégico, como al Acuerdo de Compraventa (b).

a. Los Principios Unidroit y la CCIM en tanto que principios generales y, subsidiariamente el Derecho de Cervantia, son aplicables al Acuerdo Estratégico suscrito entre TLÁLOC y los demandados.

89. En la Cláusula X sobre la Ley Aplicable al Acuerdo Estratégico, las partes hicieron referencia a los Principios Unidroit y a la CCIM cuando convinieron la aplicabilidad de los principios generales. Efectivamente, la jurisprudencia arbitral y la doctrina internacional reconocen claramente que los principios generales del comercio internacional recogen los Principios Unidroit y la CCIM.

a.1. Los Principios Unidroit integran los principios generales y se aplican al Acuerdo Estratégico

90. Los principios generales de Derecho del comercio internacional son todas aquellas reglas que resultan no sólo de un único orden jurídico estatal, sino también aquellas que provienen del derecho comparado y de la interpretación de las fuentes de derecho internacionales⁴⁶.

⁴⁴ La cláusula X sobre la Ley Aplicable del “Acuerdo Estratégico” establece lo siguiente: “*El presente acuerdo se regirá por los principios generales, usos y practicas aplicables a los contratos comerciales internacionales, con sujeción, en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina*”.

⁴⁵ La cláusula VIII del Contrato de Compraventa sobre la Ley Aplicable dispone que: “*El presente contrato se regirá por lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los principios generales de los contratos comerciales internacionales, que resultaran aplicables a modo de reglas de Derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquellos, por el Derecho de Cervantia*”.

⁴⁶ E. Gaillard “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, in Etudes offertes à P. Bellet, 1991, p. 204 y ss, Litec.

91. Con cierta frecuencia en materia de contratos internacionales, las partes reenvían a los “*principios generales*”. Cuando las partes disponen que el contrato se regirá por dichos principios, el árbitro debe determinar el contenido de dichos principios, según la voluntad de las partes. El preámbulo de los Principios Unidroit dispone que: “*Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del Derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes*”⁴⁷. Así, la jurisprudencia arbitral ha reconocido la aplicación de los Principios Unidroit en casos en que las partes expresaron implícitamente la voluntad de aplicar los principios generales del Derecho⁴⁸.
92. En efecto, TLÁLOC, CHANCAS y Asociados, no manifestaron en ningún momento la exclusión de dichos Principios. En consecuencia, se solicita al Tribunal Arbitral que declare, siguiendo la voluntad implícita de las partes, las costumbres y prácticas de los contratos comerciales internacionales, que los Principios Unidroit son aplicables al presente caso.

a.2. La CCIM hace parte de los Principios generales y, en consecuencia, es aplicable al Acuerdo Estratégico

93. Los demandados pretenden excluir erróneamente la aplicación de la CCIM a la controversia. En efecto, esta última es aplicable al caso en virtud de una interpretación precisa de la noción de “*principios generales*”. De la simple lectura de la cláusula de la ley aplicable al Acuerdo Estratégico se desprende que las partes entendieron referirse a las reglas materiales del comercio internacional, entre las cuales encontramos la CCIM.
94. La jurisprudencia arbitral admitió que el contenido de la CCIM formaba parte de la *lex mercatoria*, cuyo objetivo es reunir las reglas apropiadas a las necesidades del comercio internacional⁴⁹. Por tanto, la relación estrecha entre la CCIM y los principios generales del Derecho explica que éstos últimos impliquen la aplicación de las disposiciones de la CCIM como justamente apropiadas a la disputa que se examina⁵⁰. Asimismo, el Tribunal Arbitral se refirió en un laudo arbitral de 1996 a las disposiciones de la CCIM y a los

⁴⁷ Preámbulo §3 de los Principios Unidroit, 2010, estos principios son disponibles a:

[<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>]

⁴⁸ Laudo Court of Arbitration of London, C1995, disponible en Unilex-Unidroit Principles, juin 2000, 9, sentencia en la que se aplicaron los Principes d’UNIDROIT a título de principios generales de derecho inglés; Laudo CCI n°5953/1990, *Rev.arb.*, 701. Le recours en annulation formé à l’encontre de la sentence du 3 mai 1988 a été rejeté par Paris, 13 juillet 1989, *JDZ*, 1990.430, note B. Goldman, *Rev. crit. DIP*, 1990.305, note B. Oppetit; Laudo CCI n°10/1999, No2 Bull. Cour internationale d’arbitrage C.C.I. 85; Laudo C.C.I. n° 9419/1998, id., 107. M. J. Bonell, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, (2000-2) *Rev. dr. unif.* 199; J.-P. Béraudo, “La mise en œuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l’arbitre dans le règlement des litiges commerciaux”, (1998-2 et 3) *Rev. dr. unif.* 259; P. Kahn, “Les conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux”, (2000-2 et 3) *Rev. dr. unif.* 121; F. Bortolotti, “The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals”, id., 141; E.-S. Darankoum, “L’application des Principes d’UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques”, *R.J.T.*, 2002, p 428.

⁴⁹ E. Gaillard, “Trente ans de lex mercatoria” *JDI*, 1995; E. Loquin « Où en est la Lex mercatoria ? », *Mélanges Ph. Kahn*, p.23.

⁵⁰ Laudo CCI 1994 n°7331/1994, disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=140>; Laudo CCI n°8502/1996, disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=395>

Principios Unidroit para reconocer la prueba de prácticas admitidas en el Derecho del comercio internacional⁵¹. Se demostró que la CCIM podía recibir aplicación incluso fuera de su ámbito de aplicación, reconociéndola como norma propia a las necesidades del comercio internacional.

95. En el presente caso, el objetivo perseguido por las partes con la conclusión del Acuerdo Estratégico era la exploración de posibilidades de colaboración estratégica y de colaboración institucional en actividades propias a su ramo de actividad para poder favorecer el comercio en Andina. Es evidente que las partes quisieron someterse a la CCIM, con el ánimo de beneficiar de todas sus disposiciones para el buen desarrollo de sus empresas. La ausencia de exclusión expresa de la CCIM es un indicio claro de la intención de las partes de someterse a ella. Por tanto se solicita al Tribunal que declare que la mencionada Convención es igualmente aplicable al Acuerdo Estratégico.
96. **La libertad de interpretación del árbitro permite el reconocimiento de los Principios Unidroit y de la CCIM como principios generales aplicables a la controversia.** El árbitro internacional no tiene foro⁵², y puede en consecuencia designar libremente la ley aplicable⁵³. Los árbitros reconocen los principios generales como leyes apropiadas para regir los asuntos del comercio internacional⁵⁴. En aplicación de esta libertad, el Tribunal deberá reconocer que los principios generales, y más precisamente los Principios Unidroit y la CCIM, son aplicables al Acuerdo Estratégico.

a.3. Subsidiariamente, el Derecho de Cervantia es aplicable al Acuerdo Estratégico dado que se trata de una controversia de orden contractual

97. La controversia entre TLÁLOC y los demandados es de naturaleza contractual. Por tanto, la ley aplicable para resolver cuestiones no cubiertas por la CCIM y los Principios Unidroit es la ley de Cervantia. En ningún caso se podrá reconocer la aplicabilidad de la ley societaria de Andina. En efecto, la formación del Acuerdo Estratégico no tenía como objetivo relacionar las partes en un vínculo de naturaleza societaria.
98. El Tribunal debe reconocer que no está ante una controversia de orden societario, ya que ninguno de los elementos que permiten la constitución de una sociedad se hallan configurados: no hubo aportes al capital, no se manifestó voluntad alguna de participar a los beneficios o a las pérdidas sociales, y sobre todo no es posible configurar el elemento más importante constitutivo de una sociedad, la *affectio societatis* o voluntad de asociarse⁵⁵.

⁵¹ Laudo CCI n° 8502/1996 disponible en:

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=395&step=FullText>

⁵² E. Gaillard, *op.cit.* nota 49; E. Loquin. *op. cit.*, nota 49.

⁵³ Art 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2012, sobre las normas jurídicas aplicables al fondo dispone que “*A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicara las normas jurídicas que considere apropiadas*”; Art 7 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril 1961; Art 1511 del Código de procedimiento francés;

⁵⁴ Ph. Fouchard, E.GAILLARD, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996. p. 854 et p. 872 ; Ph. Fouchard, “L'arbitrage commercial international”, *Dalloz*, 1965, p. 423 y s.

⁵⁵ A. J. Quesada Sánchez, *Las sociedades civiles sin personalidad jurídica en el ordenamiento español*, fascículo de la Universidad de Derecho de Málaga, 2003.

b. Los Principios Unidroit y la CCIM, como principios generales y, subsidiariamente el Derecho de Cervantia, son aplicables al Acuerdo de Compraventa concluido entre TLÁLOC y los demandados

b.1. El Acuerdo Estratégico y el Acuerdo de Compraventa forman un grupo de contratos al que se debe aplicar las mismas normas

99. El Acuerdo de Compraventa celebrado entre TLÁLOC, CHANCAS y Asociados, relativo a la venta del 50% de las acciones de HUACA, (*Vid.* IV.A.1) se rige por las mismas normas aplicables al Acuerdo Estratégico, dado que el Acuerdo de Compraventa es la consecuencia directa de la realización de las condiciones establecidas en el Acuerdo Estratégico.
100. Según la doctrina, un conjunto de contratos⁵⁶ se constituye de contratos que persiguen la realización de una misma operación económica. En el contrato inicial se establecen las condiciones generales que se aplican a aquellos contratos que derivan de él. El Acuerdo Estratégico no es más que el marco del Acuerdo de Compraventa, esto último materializa aquello que las partes convinieron en el contrato marco.
101. En efecto, el Acuerdo Estratégico establece en su cláusula VIII que los signatarios se comprometen, en caso de una decisión de desinversión consistente en la venta de acciones de alguna de las sociedades en la que la participación total de los signatarios exceda del 15%, a consultar previamente al resto de los signatarios y a ofrecerles la adquisición de estas acciones. En de los correos electrónicos que las partes intercambiaron entre el 7 de marzo y el 8 de marzo de 2012, se formalizó la ejecución de la cláusula VIII del Acuerdo Estratégico. Las partes decidieron concluir un Acuerdo de Compraventa según el cual TLÁLOC adquiriría el 50% de las acciones de HUACA. Este acuerdo no es más que la realización de las disposiciones del Acuerdo Estratégico. En consecuencia, se debe reconocer que el Acuerdo Estratégico y el Acuerdo de Compraventa forman un grupo de contratos y que por lo tanto se les deben aplicar las mismas normas jurídicas.

b.2. Una interpretación amplia de la noción de mercaderías permite la aplicación de la CCIM a la venta de acciones

102. En caso de duda sobre la aplicación de la CCIM al Acuerdo de Compraventa, se solicita al Tribunal interprete la noción de mercaderías de forma amplia, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia arbitral⁵⁷ y la doctrina⁵⁸. En efecto, la aplicación de la

⁵⁶ J. Carbonnier, *Les obligations*, 16^e éd., PUF, n° 20, p. 54; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Ed. Cujas, 8^e éd., n° 691 y ss.; comp. M. Bacache-Gibeilli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, prólogo Y. Lequette, LGDJ, 1996. D. Cohen, "Arbitrage et groupes de contrats", *Rev. arb.*, 1997, p. 471.

⁵⁷ Caso Oberlandesgericht Koblenz n° 2 U 1230/91, Alemania, disponible en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/930917g1.html#cabc>;

Caso Landgericht München n°8 HKO 24667/93 disponible en: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=225>;

Caso Oberlandesgericht München n°3 U 3750/95, disponible en:

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=221>

CCIM a objetos mobiliarios, incorporales e intangibles, como es el caso de las acciones de una sociedad, fue admitida frente a las patentes y las aplicaciones informáticas o *software*⁵⁹.

103. Se invita al Tribunal a realizar una interpretación liberal y moderna con el fin de integrar los bienes intangibles como las acciones de una sociedad, al ámbito de aplicación de la Convención⁶⁰. Así lo ha hecho la jurisprudencia de Cervantia.
104. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral debe admitir la aplicación de los Principios Unidroit, de la CCIM y del Derecho de Cervantia al Acuerdo Estratégico y al Acuerdo de Compraventa, tanto a las cuestiones relativas a su incumplimiento, como a la responsabilidad de CHANCAS y Asociados por no haber ejecutado sus obligaciones de buena fe y por haber interrumpido el proceso de formalización del Acuerdo de Compraventa.

La CCIM debe aplicarse igualmente al Contrato de Compraventa, con arreglo a la voluntad de las partes.

2. La CCIM es igualmente aplicable al Contrato de Compraventa de acciones

105. El Tribunal Arbitral podrá constatar la aplicación de la CCIM al Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre NAZCA y los demandados el 2 de mayo de 2012⁶¹.
106. En primer lugar, cabe señalar que el Contrato suscrito entre NAZCA y los demandados, podría escapar al ámbito de aplicación de la CCIM en razón de su objeto en virtud del artículo 2⁶² de la CCIM. Sin embargo, nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, integren la citada convención a un contrato -en principio- fuera de su ámbito.

⁵⁸ P. Schlechtriem, “Uniform Sales Law. The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany”, Institute of international commercial law, Pace Law School, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html>, extensión de la noción de mercaderías a los *software* para la aplicación de la CCIM aunque en principio sean excluidos de su ámbito de aplicación: “*If the contract concerns so-called standard software, i.e., a program not designed especially to meet a specific customer's demands, and if this program is recorded on a disk or tape, one could argue that the object of the sale falls under the Convention since it is movable and therefore "goods" [...] But if the software is specifically designed for a customer, I would regard this as a contract in which a preponderant part of the obligation consist in the supply of certain services and therefore excluded from the Convention by Art. 3(2)*”.

⁵⁹ D. Cohen, nota 56 ; N. Watté et A. Nuyts, “Le champ d’application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l’épreuve de la pratique”, (2003) 2 *J.D.I* 366, 385.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Cervantia, *Mesía c. Regenta* R.DER. [2008] 716, p. 881, dispone que: “*basta con interpretar el término “bienes”, para concluir que en ninguna parte de la Ley de Compraventa de Bienes se limita esta definición en modo tal que no podamos incluir intangibles como las acciones*”.

⁶¹ Documento N° 4 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, p.15.

⁶² Art 2 CCIM : “*La presente convención no se aplicará a las compraventas (...) d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero*”.

a. Las partes usaron su facultad de “opting-in” para aplicar la CCIM al Contrato de Compraventa

107. En el Contrato de Compraventa de acciones objeto de la presente disputa, las partes establecieron la cláusula de Derecho aplicable, en los siguientes términos: “*El presente contrato se regirá por lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los principios generales de los contratos comerciales internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de Derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia*”.
108. De esta cláusula se desprende la voluntad claramente expresada, tanto de NAZCA como de los demandados, de someter el Contrato de Compraventa a la CCIM y al Derecho Uniforme (*Vid.* A.1.a.1)⁶³. La CCIM permite implícitamente que las partes, conforme con el principio de autonomía de la voluntad⁶⁴ que rige los contratos de compraventa internacional⁶⁵, amplíen su ámbito de aplicación⁶⁶ mediante el uso de cláusulas de *opting-in*, integrándola al contrato como *lex contractus*⁶⁷. En el caso que nos ocupa, NAZCA y CHANCAS previeron explícitamente la aplicación de la CCIM y del Derecho uniforme al Contrato de Compraventa en la cláusula de ley aplicable. En aplicación del principio de autonomía de la voluntad que rige las compraventas internacionales, NAZCA y CHANCAS han decidido someterse a la CCIM y al Derecho

⁶³ Art 6 CCIM: “*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*”; UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2012 Ed., p. 34, §18.

⁶⁴ F. Ferrari : *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Ed 2011, pp. 179-180 : “*The fact that the drafters did not retain that express reference to the parties’ possibility of opting-in should not, however, be interpreted as preventing the parties from being entitled to do so. This view can be justified on the grounds of the proposal according to which the CISG should apply even where the preconditions for its application are not met, as long as the parties wanted it to be applicable, was rejected on the sole basis that an express provision to allow such possibility was unnecessary because of the already existing principle of party autonomy*”.

⁶⁵ Caso CLOUT n° 229, Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996; Landgericht Stendal, Alemania, 12 de octubre de 2000, Internationales Handelsrecht, 2001, p.32.

⁶⁶ Enderlein, Maskow: *International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, p. 50: “*The CISG can be interpreted in such a way that its application to such contracts which are not covered, can be agreed. In this case the substantive and territorial, and hence personnel and time scope of application, can be extended. Such an agreement can be made expressly or implicitly, but in the latter case it has to be sufficiently clear*”. P. Winship : “*International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention*”, *Uniform Commercial Code Law Journal* 55, 65, 1984: “*Although the conference rejected an amendment which would have expressly permitted parties to derogate from article 2 the debate suggests that delegations could not agree on how to express the limitations on party autonomy required by “mandatory” national laws. Parties should not be foreclosed, therefore, from agreeing to have the convention apply to a transaction otherwise excluded as long as the policy behind the specific exclusion is not contravened*”.

⁶⁷ F. Ferrari: “*Exclusion et inclusion de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980*”, *Revue Générale de Droit*, n°32, 2002, p. 355 : “*Quant à la signification de cette espèce de choix des parties, il convient de souligner qu’en vertu de celui-ci la Convention devient une partie du contrat comme toutes les autres clauses contractuelles*”.

uniforme en tanto que *lex contractus*. Por lo tanto, no existe ninguna duda sobre la aplicación de la CCIM y el Derecho uniforme a la presente controversia.

Es importante recalcar que las partes no usaron de su facultad de excluir, como la misma CCIM lo prevé, parte de la citada convención, con lo cual el Tribunal Arbitral podrá reconocer la aplicación del texto en su conjunto.

b. Las partes no usaron de su facultad de excluir parcialmente la CCIM al Contrato de Compraventa

109. Cabe subrayar que las partes al Contrato de Compraventa, nunca ejercitaron la facultad de excluir, explícita o implícitamente, parcial o totalmente, la CCIM al Contrato de Compraventa.
110. Establecida por el artículo 6 de la CCIM, la facultad del “*opting-out*” permite que las partes excluyan la aplicación de la convención total o parcialmente, o que hagan excepciones a sus disposiciones. Según varias sentencias internacionales, la facultad que tienen las partes para excluir la CCIM debe resultar de una voluntad claramente manifestada⁶⁸. En el presente caso, las partes convinieron claramente que el Contrato de Compraventa estaría regido por las disposiciones de la CCIM. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral debe reconocer la ausencia de exclusión expresa de la Convención por las partes contratantes.
111. En efecto, teniendo en cuenta que el Estado de Cervantia ha suscrito la CCIM, que dicha Convención se integra el derecho de ese Estado, el Tribunal Arbitral podrá concluir que tanto directa como indirectamente la CCIM es aplicable al Contrato de Compraventa. Sólo en la hipótesis en que las partes hubieran elegido inequívocamente la aplicación del Derecho puramente interno⁶⁹ del Estado de Cervantia, podríamos considerar que la Convención fue excluida⁷⁰. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, resulta claro que las partes se acordaron sobre la aplicación del Derecho de Cervantia en su conjunto, de tal manera que la CCIM seguiría siendo aplicable como parte del Derecho de Cervantia.

⁶⁸ *Asante Tech, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*: Federal Northern District Court of California, Estados Unidos, 21 de julio de 2001, 2001 U.S. Dist. LEXIS 16000, 2001 Westlaw 1182401, disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cas_es2/010727u1.html; Tribunal de Comercio Namur, Bélgica, 15 de enero de 2002, disponible en: <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-01-15.htm>.

⁶⁹ *BP Oil v. Empresa*: Federal Court of Appeals (5th Circuit), Estados Unidos, 02-20166, 11 de junio de 2003 : la Corte de Apelaciones consideró que las partes no habían excluido la aplicación de la CCIM al elegir el Derecho ecuatoriano, el Ecuador siendo un Estado contratante a la Convención; P. Schlechtriem, C. Witz : “Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises”, Dalloz, 2008: “*Selon la jurisprudence internationale nettement dominante, le choix de la loi d’un Etat contractant englobe le Droit Uniforme, à moins que les parties n’aient manifesté leur volonté de ne voir appliquer que le droit interne, tel le code civil français*”: Corte de Apelación de París, Francia, 6 de noviembre de 2001, D. 2002, Jur., p. 2795, obs. C.Witz; *Asante Tech, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*: Federal Northern District Court of California, Estados Unidos, 21 de julio de 2001, 2001 U.S. Dist. LEXIS 16000, 2001 Westlaw 1182401, CISG online n°616; D. 2003, p. 2370.

⁷⁰ Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000, disponible en: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000830g_1german.html ; Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 15 de marzo de 1996, disponible en: <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/284.htm>.

c. La intención de CHANCAS siempre fue la de aplicar la CCIM

112. Asimismo, en caso de duda en cuanto a la interpretación de la cláusula de ley aplicable del Contrato de Compraventa, se remite a las condiciones establecidas por el artículo 8 de la CCIM, según el cual “*las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cual era esa intención*”. En la presente controversia, CHANCAS declaró de manera inoportuna que parte de la CCIM no puede aplicarse al Contrato de Compraventa, esto es durante la presente instancia y no al momento de celebrar el Contrato. NAZCA por su parte no fue informada de la intención de CHANCAS de excluir la CCIM en lo que se refiere al régimen de responsabilidad del vendedor. Por consiguiente el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta el artículo 8.2 de la CCIM que dispone que “*las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte*”. El uso de este método interpretativo conlleva la aplicación de la CCIM⁷¹. De la simple lectura de la cláusula de ley aplicable se desprende que ambas partes quisieron someterse a la CCIM, sin excluir ningún aspecto de la Convención. De esta cláusula no resulta ninguna intención implícita de CHANCAS de sustituir su aplicación por otras normas, incluso en cuanto a la responsabilidad del vendedor.

d. La voluntad de excluir la CCIM infringe el principio de “venire contra factum proprium non valet”

113. En cualquier caso, el Tribunal Arbitral debe admitir que la voluntad por parte de CHANCAS de declarar la CCIM inaplicable a su responsabilidad como vendedor de las acciones, infringe el principio de “*venire contra factum proprium non valet*”. Este principio se deriva del principio de buena fe que rige el comercio internacional y se encuentra consagrado en el artículo 1.9 de los Principios Unidroit, aplicables a la presente controversia. El artículo 1.9 dispone que “*una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja*”. Adicionalmente, el principio de buena fe en la ejecución del contrato encuentra aplicación concreta en la obligación que tienen las partes de comportarse de manera “razonable” en la ejecución de su contrato, según lo dispuesto por la CCIM⁷².
114. Las alegaciones de los demandados en cuanto a la exclusión de la CCIM no son oportunas puesto que la misma debió ser manifestada a la hora de negociar los términos del Contrato de Compraventa. Esto perjudica a la parte compradora, quien fundó la resolución del contrato y su pretensión en cuanto a la responsabilidad del vendedor en la aplicación legítima y previsible de la CCIM.

⁷¹ J. Béguin, M. Menjucq : *Traité de Droit du commerce international*, 2a ed, LexisNexis, París, §736 ; Corte de Casación francesa, Sala de lo mercantil, 17 de diciembre de 1996 : *Rev. Crit. DIP* 1997, p.72, J.-P. Remery, D. 1997 chron. p.337, C. Witz ; J.-M. Mousseron: *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, 4a edición, LexisNexis, París, §433 ; Corte de Casación francesa, Sala de lo mercantil, Francia, 3 de noviembre de 2009, D. 2010, C. Witz.

⁷² G. Weiszberg: “Le “raisonnable” en droit du commerce international”, Tesis, 2003.

e. CHANCAS debe someterse al principio de “pacta sunt servanda”

115. Según el principio “*pacta sunt servanda*”, el cual rige las relaciones comerciales internacionales⁷³ en materia de contratos, tanto los demandados como NAZCA decidieron admitir expresamente la aplicación de la CCIM a la totalidad del contrato.
116. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral debe admitir la aplicación de la CCIM al Contrato de Compraventa en su conjunto: tanto a las cuestiones relativas a su formación, como a la responsabilidad de los demandados por incumplimiento contractual. Por lo tanto, los argumentos de inaplicabilidad de la CCIM por los demandados en la presente controversia no están llamados a prosperar.

B. El incumplimiento del Acuerdo Estratégico y del Acuerdo de Compraventa permiten la indemnización solicitada por TLÁLOC

117. Los demandados incumplieron el Acuerdo de Compraventa por haber entregado el objeto del contrato a un tercero (1). Si el Tribunal Arbitral no reconoce la conclusión del Acuerdo de Compraventa, el Tribunal deberá admitir la violación del Acuerdo Estratégico (2). En un caso como el otro, TLÁLOC debe ser indemnizada por los daños y perjuicios causados por los demandados (3).

1. Los demandados incumplieron el Acuerdo de Compraventa por haber entregado el objeto del contrato a un tercero

118. El intercambio de correos electrónicos del 07/03/12 y el 08/03/12 entre las Partes es constitutivo de un contrato (a) que los demandados violaron por haber vendido el 100% de las acciones de HUACA a un tercero (b).

a. Los correos electrónicos intercambiados entre el 7 de marzo y el 8 de marzo de 2012 constituyen un contrato

119. En virtud de los artículos 2.1.1 de los Principios Unidroit y 23 de la CCIM, un contrato se define como el encuentro de una oferta y aceptación. Tal y como establecen los artículos 1.2 de los Principios Unidroit y 11 de la CCIM aplicados por la jurisprudencia, no existen requisitos formales a la formación de un contrato.
120. De conformidad con el artículo 2.1.2 de los Principios Unidroit y adicionalmente el artículo 14(1) de la CCIM, la oferta debe ser precisa. Lo es cuando “[...]indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”. En este orden de ideas, una oferta que no hace referencia al

⁷³ E. Darankoum: “L’application des Principes d’Unidroit par les arbitres internationaux et par les juges étatiques”, *R.J.T.* 421, n°36, 2002, p. 466: “La règle générale dans les contrats internationaux est le respect du principe de la force obligatoire du contrat. Ceci est conforme au principe de droit international général, pacta sunt servanda, qui consacre l’intangibilité du contrat [...] les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l’exécution en serait devenue plus onéreuse”; Philippe D.: “Pacta sunt servanda et rebus sic stantibus”, en “L’apport de la jurisprudence arbitrale commerciale”, Paris, Publication C.C.I., n° 440/1, 1986, pp. 181 y ss.

precio, la cantidad o las mercaderías no puede constituir una oferta. Sin embargo, una oferta es ser suficientemente precisa cuando el precio, los productos y la cantidad son determinables.

121. En su correo electrónico del 7 de marzo de 2012 (Documento N°3 de la Solicitud de Adicional), TLÁLOC propuso a CHANCAS de adquirir el 50% de HUACA por el 70% del valor contable por acción. Así, este correo electrónico precisaba de manera definida el objeto del contrato futuro, una cantidad y un precio. Por lo tanto, el correo electrónico enviado por TLÁLOC a los Asociados constituye una oferta en conformidad con los artículos 2.1.2 de los Principios Unidroit y 14(1) de la CCIM.
122. Como regla general, tres elementos deben ser satisfechos antes de que una respuesta a una oferta pueda constituir una aceptación. Primero, debe haber una indicación de consentimiento a la oferta. En segundo lugar, el consentimiento debe ser real y en tercer lugar, el consentimiento debe ser incondicional. La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.
123. Resulta del correo electrónico del 8 de marzo de 2012 enviado por los Asociados a TLÁLOC (Documento N°4 de la Solicitud Adicional) un consentimiento real a la oferta de TLÁLOC. Así, los demandados consideraron que “el acuerdo es aceptable” y expresaron su “satisfacción por el entendimiento alcanzado”. Poner por escrito las condiciones generales del contrato sirve para facilitar la ejecución del acuerdo alcanzado y no condicionar su aceptación.
124. En consecuencia, los correos electrónicos del 07 de marzo de 2012 y del 08 de marzo de 2012 intercambiados entre TLÁLOC y los Asociados contienen una oferta definida y una aceptación real e incondicional, ambas constitutivas de un contrato vinculante entre las partes.

b. Los demandados violaron el Acuerdo de Compraventa por haber vendido el 100% de las acciones de HUACA a un tercero

125. En virtud del artículo 30 de la CCIM, existe una obligación del vendedor de entregar el bien objeto del contrato de compraventa. En virtud del Acuerdo de Compraventa, CHANCAS y Asociados se comprometieron a vender el 50% de las acciones de HUACA a TLÁLOC. Sin embargo, posteriormente concluyeron un Contrato de Compraventa con NAZCA por el 100% de las acciones de HUACA (Documento N°4 de la Solicitud de Arbitraje). En aplicación de este Contrato de Compraventa, CHANCAS y Asociados entregaron el 100% de las acciones de HUACA a NAZCA.
126. Por lo tanto, los demandados incumplieron con su obligación de entregar el 50% de las acciones de HUACA en virtud del artículo 30 de la CCIM.
- 127.

2. Subsidiariamente, de no ser aceptada la conclusión del Acuerdo de Compraventa, el Tribunal debe reconocer la violación del Acuerdo Estratégico

128. El Acuerdo Estratégico suscrito entre las partes es un contrato vinculante (a) que fue violado por los demandados por el desconocimiento del derecho de adquisición preferente conferido a TLÁLOC (b).

a. El Acuerdo Estratégico es un contrato

129. En virtud del principio *pacta sunt servanda* y el artículo 1.3 de los Principios Unidroit, los contratantes son libres para fijar los límites de sus obligaciones; una vez dentro de ese marco, dichas obligaciones son vinculantes. Según el artículo 8 (3) de la CCIM⁷⁴, la intención de las partes se puede determinar gracias a sus comportamientos ulteriores, las negociaciones⁷⁵ o los usos⁷⁶ que entretuvieron entre ellas.
130. Con el fin de coordinar sus intereses comerciales, TLALOC y los Asociados habían concluido un Acuerdo Estratégico en 1995. En dicho Acuerdo Estratégico las partes decidieron reunirse una vez cada seis meses para explorar las posibilidades de colaboración entre ellas. En 2010, revisaron este Acuerdo y añadieron una cláusula penal para casos de incumplimiento, así como una cláusula de resolución de disputas.
131. Por eso, el Tribunal considerará sin dificultad que en virtud del principio *pacta sunt servanda*, del artículo 1.3. de los Principios Unidroit y del artículo 8(3) de la CCIM el Acuerdo Estratégico constituye un contrato vinculante entre TLALOC y los Asociados.

b. Los demandados desconocieron el derecho de adquisición preferente conferido a TLÁLOC en el Acuerdo Estratégico y condujeron las negociaciones de mala fe

b.1. El derecho de adquisición preferente de TLÁLOC fue violado por los demandados

132. Conforme a los términos de la cláusula VIII del Acuerdo Estratégico, los Asociados y TLALOC se comprometieron a proponer la transmisión de “una participación significativa en una de las sociedades o vender activos estratégico” y pactaron que “en caso de acuerdo con un tercero no firmante para la venta de dichas participaciones o activos cualquier firmante gozará de un derecho de adquisición preferente de dichas participaciones o activos, siempre y cuando ofrezca unas condiciones equivalentes a las negociadas con el tercero.”
133. En virtud de esta cláusula, las partes empezaron negociaciones sobre la compraventa de la mitad de las acciones de HUACA. Dicha cláusula prevé claramente que los demandados tenían la obligación de presentar a TLÁLOC la posibilidad de ofrecer un precio equivalente en caso de la existencia de una mejor oferta de un tercero.

⁷⁴ Artículo 8(3) de la CCIM “para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”

⁷⁵ Court of Appeal, United Kingdom, 17 de febrero de 2006

⁷⁶ U.S. District Court, Southern District of New York, United States, 18 de enero de 2011

134. Sin embargo, el 9 de abril de 2012, los demandados empezaron negociaciones con NAZCA para la venta de la totalidad de las acciones de HUACA que culminaron en la conclusión del Contrato de Compraventa. Sin embargo, TLÁLOC solo tuvo conocimiento de dichas circunstancias el 16 de Mayo de 2012, porque escribió un correo electrónico a los Asociados. Sin esta acción de TLÁLOC, nunca hubiera tenido conocimiento de la compraventa.
135. Así, los demandados desconocieron el derecho de adquisición preferente que habían conferido a TLÁLOC en la cláusula VIII del Acuerdo Estratégico, al no informarles de la existencia de la oferta de NAZCA para permitirles ofrecer un mejor precio.

b.2. Adicionalmente los demandados rompieron, de mala fe, las negociaciones con TLÁLOC

136. El artículo 2.1.15 de los Principios Unidroit prevé que *“la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”*.
137. En efecto, las negociaciones contractuales y el principio de buena fe están íntimamente relacionados. Así, el principio de buena fe constituye un principio general⁷⁷ que se caracteriza por la creencia errónea en la existencia de una situación jurídica conforme y por un comportamiento leal que requiere en particular la ejecución de una obligación a través de una actitud íntegra y honesta⁷⁸.
138. Las relaciones que mantenían las partes desde 1995 demuestran una relación de confianza innegable. En efecto, fue por estas razones que se comprometieron a informarse mutuamente en caso de posibles operaciones de desinversión. Las partes estaban en negociaciones avanzadas sobre la compraventa del 50% de las acciones de HUACA. El intercambio de correos electrónicos del 7 y 8 de marzo de 2012 no era sino la formalización de esas negociaciones. Sin embargo, cuando los demandados empezaron a negociar con NAZCA, en ningún momento informaron a TLÁLOC de la posible venta del 100% de las acciones de HUACA a un tercero. Esta información era primordial y constituía una de las obligaciones formuladas en el Acuerdo Estratégico relativa al derecho de adquisición preferente de TLÁLOC. Este comportamiento que tuvieron los demandados provocó una ruptura abusiva de las negociaciones entre TLÁLOC, CHANCAS y Asociados sobre los 50% de las acciones de HUACA.

3. TLÁLOC debe ser indemnizada por los daños y perjuicios causados por los demandados

139. La cláusula IX del Acuerdo Estratégico prevé una indemnización de 3.000.000 euros en caso de incumplimiento de las obligaciones que afectan la posición patrimonial de la

⁷⁷ Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 de julio de 2009

⁷⁸ Vocabulaire Juridique, Gerard Cornu, PUF

parte perjudicada (Documento N°2 de la Solicitud Adicional).

140. El Acuerdo Estratégico y el Acuerdo de Compraventa constituyen un grupo de contratos (*Vid.* IV.A.2). El Acuerdo de Compraventa es la aplicación del contrato marco o Acuerdo Estratégico. Así, la cláusula IX sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes resulta aplicable al Acuerdo de Compraventa.
141. En el caso en que el Tribunal no reconoce la existencia del Acuerdo de Compraventa, los demandados violaron el Acuerdo Estratégico y particularmente el derecho de adquisición preferente conferido a TLÁLOC al haber puesto fin a las negociaciones de manera abrupta e injustificada. Este incumplimiento tiene como consecuencia la pérdida de la facultad de integrar el 50% de las acciones de HUACA en su patrimonio. TLÁLOC no tuvo la posibilidad de hacer una contra oferta en los mismos términos que NAZCA y perdió las ganancias económicas que le hubieran generado la integración de las acciones de HUACA en su patrimonio.
142. En consecuencia, TLÁLOC tiene derecho recibir una indemnización de 3.000.000 euros por incumplimiento del Acuerdo de Compraventa en el que incurrieron los demandados y subsidiariamente por el incumplimiento del Acuerdo Estratégico.

C. NAZCA tiene derecho a resolver el Contrato de Compraventa de acciones y a ser indemnizada por el incumplimiento contractual imputable a los demandados

143. Se solicita al Tribunal Arbitral que reconozca que los demandados incumplieron el Contrato de Compraventa (1) de tal manera que NAZCA estaba fundada en derecho para resolver en su momento el contrato (2) y para solicitar el pago de daños y perjuicios (3).

1. Los demandados incumplieron el Contrato de Compraventa de acciones del 2 de mayo de 2012

144. Los demandados incumplieron el Contrato de Compraventa. En los términos del artículo 7.1.1. de los Principios UNIDROIT⁷⁹ es posible configurar dos incumplimientos. El primero consistente en la entrega de acciones no-conformes con las estipulaciones del Contrato de Compraventa (a). El segundo consistente en la transmisión de acciones sometidas a derechos o de pretensiones de terceros (b).

a. Las acciones entregadas por los demandados a NAZCA no son conformes a los términos del Contrato de Compraventa según los artículos 35 y 36 de la CCIM

145. Las acciones de HUACA no son conformes a las estipulaciones de las partes al Contrato de Compraventa. La obligación de entrega figura en el artículo 35.1 CCIM⁸⁰. Según el

⁷⁹ Artículo 7.1.1 Principios Unidroit: “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

⁸⁰ Artículo 35.1 CCIM: “El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato”

artículo 36 CCIM, en caso de falta de conformidad, el vendedor será responsable “[...] conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento”. El artículo 35.2 CCIM establece los criterios y las obligaciones implícitas que permiten concluir en una falta de conformidad de los bienes vendidos en caso de que falte uno de estos requisitos. Así, “salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo”. Asimismo, el artículo 35.3 CCIM prevé la exclusión de responsabilidad del vendedor: “el vendedor no será responsable [...] de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato”. Adicionalmente, el artículo 38 CCIM dispone que: “el comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias”.

146. En el presente caso la demandante alega la falta de conformidad de las acciones objeto del Contrato de Compraventa. Al momento de las negociaciones, NAZCA no fue debidamente informada de la apertura de un expediente investigador por parte del Ayuntamiento de Yahuaropampa en contra de HUACA, esto a pesar de que el vendedor estaba al tanto previamente a la conclusión del contrato. Así, la apertura del expediente sancionador fue notificada al comprador 17 de mayo de 2012, es decir 15 días después de la firma del Contrato de Compraventa. Sin embargo, durante la fase de negociación del Contrato, y sobre todo del precio de las acciones, la parte vendedora ya tenía conocimiento de la apertura del expediente investigador puesto que la misma fue notificada por el Ayuntamiento el 27 de febrero de 2012, hecho que la demandante puso de manifiesto en su correo electrónico del 23 de mayo de 2012⁸¹.
147. El vendedor no estimó oportuno informar a la parte compradora sobre la existencia de una probable sanción pecuniaria, a pesar de la voluntad claramente manifestada por NAZCA de adquirir HUACA en razón de su “*excelente salud financiera*”. La auditoría ordenada por NAZCA el 11 de junio de 2012 sobre las cuentas anuales cerradas al 31 de diciembre de 2011⁸², puso de relieve unos pasivos ocultos por 550.000 € correspondientes a la sanción pecuniaria y a los gastos de reparación que impuso el Ayuntamiento a HUACA. El estado financiero de la sociedad ya ajustado, corresponde a una situación patrimonial muy distinta de la que fue presentada por CHANCAS durante las negociaciones; es más, los demandados afirmaron expresamente en el Contrato de Compraventa que las cuentas anuales del 2011 representaban una imagen fiel del patrimonio de HUACA y que todas las provisiones contables habían sido incluidas en los estados financieros, algo que claramente no corresponde a la realidad.
148. Así pues, con el fin de comprobar la conformidad de los bienes vendidos, NAZCA se mostró diligente al solicitar la auditoría que puso de relieve los problemas de pasivos ocultos, conformándose a lo dispuesto por el artículo 38 CCIM. Es importante señalar que NAZCA no tuvo conocimiento de la situación patrimonial de HUACA antes de la conclusión del Contrato de Compraventa. En este sentido, el argumento según el cual

⁸¹ Documento N° 7 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, pp. 19

⁸² Documento N° 8 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, pp. 20

NAZCA no podía ignorar la falta de conformidad puesto que TLÁLOC tenía conocimiento de los riesgos que NAZCA corría al comprar HUACA⁸³, no debe prosperar. El hecho de que TLÁLOC estuviese al tanto de los problemas patrimoniales de HUACA, no implica de ninguna manera que NAZCA conociera igualmente las dificultades por las que atravesaba HUACA. Por consiguiente, la exclusión de responsabilidad del vendedor como consecuencia del supuesto conocimiento de NAZCA frente a la falta de conformidad no puede ser admitida.

149. El contexto en que se llevaron a cabo las negociaciones y la conclusión del contrato generó en NAZCA la convicción de que el 140% del valor contable de cada acción era un precio razonable. Sin embargo, teniendo en cuenta las sanciones pecuniarias resultantes de la desastrosa gestión medioambiental de HUACA, el valor económico de la sociedad y en consecuencia el valor contable de cada acción, se ve reducido de forma sumamente importante. En consecuencia, la valoración real de las acciones de HUACA en cuanto a su calidad no fue la que se pactó inicialmente, de modo que el Tribunal podrá admitir la falta de conformidad de las acciones vendidas y la consecuente responsabilidad de los demandados con arreglo a lo previsto en los artículos 35.1 CCIM y 36 CCIM.
150. Asimismo, al comprar el 100% de HUACA, NAZCA precisó en el curso de las negociaciones, que quería integrar a su estructura una actividad de distribución en el mercado de Andina. Al ser sancionada, NAZCA contactó infructuosamente a los demandados con el fin de invitarlos a solucionar una situación que no había sido prevista contractualmente. Es más, los problemas medioambientales no han sido resueltos aún, lo que conllevó la inmovilización de la actividad de la empresa por parte el Ayuntamiento de Yahuaropampa.
151. Como consecuencia de la inmovilización, NAZCA no se encuentra en posición de gozar del bien comprado. El bien no es apto para el uso ordinario al que se le destinaba inicialmente, es decir la integración a la estrategia de distribución de NAZCA. Por uso ordinario de una empresa, el Tribunal Arbitral podrá entender la posibilidad de desarrollar su actividad e intentar obtener beneficios. NAZCA no puede desarrollar ninguna de las actividades propias a la empresa, en razón de la inmovilización, de modo que se caracteriza la falta de conformidad del bien vendido a la luz de los artículos 35.2.a) y 36 de la CCIM.
152. En conclusión, los argumentos de los demandados, según los cuales las obligaciones implícitas de conformidad no pueden prosperar, tendrán que ser rechazados por el Tribunal Arbitral, puesto que se ha demostrado que dichas obligaciones se aplican perfectamente a la presente controversia. Adicionalmente, NAZCA se mostró diligente al comprobar la situación patrimonial de la sociedad inmediatamente después de haber sido notificada del expediente sancionador, esto es con posterioridad a la conclusión del Contrato de Compraventa. Por último, NAZCA no tuvo y no podía tener conocimiento de la dificultades que atravesaba HUACA, de modo que cualquier exclusión de la responsabilidad que cabe de los demandados en tanto que vendedor, no está llamada a prosperar.

⁸³ Documento N° 3 de la Solicitud Adicional. Caso Moot Madrid, pp.53

b. Las acciones entregadas por los demandados a NAZCA no están libres de derechos o pretensiones de terceros, en violación del artículo 41 de la CCIM

b.1. Existe un derecho y/o una pretensión de TLÁLOC sobre las acciones objeto del Contrato de Compraventa

153. El artículo 41 de la CCIM dispone que: “*el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42*”.
154. La jurisprudencia ha destacado que la obligación del vendedor consiste no sólo en la entrega de bienes libres de derechos o de pretensiones de terceros al momento de conclusión del contrato, sino también en que los bienes entregados permanezcan libres de pretensiones de terceros después de la formación del contrato⁸⁴. Sobre esta cuestión, el Profesor Schlechtriem puso de relieve que importa más el hecho de que exista una perturbación del goce pacífico del comprador que la pertinencia de la pretensión del tercero⁸⁵.
155. El objeto del Contrato de Compraventa “[...] *lo constituye la compraventa del 100% de las acciones de la sociedad HUACA, SA*”⁸⁶. Sin embargo, un Acuerdo de Compraventa había sido concluido el 7 de marzo de 2012 entre TLÁLOC y CHANCAS y Asociados sobre el 50% de las acciones de la HUACA. La consecuencia de la existencia de este último es que el 50% de las acciones adquiridas por NAZCA resultaron ser propiedad de TLÁLOC. Por consiguiente, el 50% de las acciones entregadas no están libres de derechos.
156. Por otra parte es necesario subrayar que en ningún momento los demandados informaron a NAZCA de la existencia de negociaciones avanzadas con TLÁLOC sobre el 50% de las acciones de HUACA, de modo que NAZCA no tuvo conocimiento que TLÁLOC estaba legitimado para reclamar derechos sobre HUACA. En la medida en que NAZCA no fue informada oportunamente, no estuvo en posición de reconocer la existencia de derechos o al menos de pretensiones de terceros como las de TLÁLOC.
157. Por consiguiente, los demandados tenían la obligación de entregar a NAZCA el 100% de las acciones de HUACA libres de derechos o pretensiones de un tercero, en virtud del Contrato de Compraventa y en aplicación del artículo 41 de la CCIM.

b.2. Los demandados no pueden oponer a NAZCA la falta de comunicación sobre la existencia de derechos y/o pretensiones de TLÁLOC sobre HUACA

⁸⁴ Austria, OGH (Sup. Ct.) 10 Ob 518/95, 6 de febrero de 1996.

⁸⁵ P. Schlechtriem : “Comments on Article 41” 1984 Parker School Seminar of the American Association for the Comparative Study of Law: Ch. 6, pp. 30-33.

⁸⁶ Documento N° 4 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, pp.15

158. El artículo 43 de la CCIM precisa que: “1) *El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del artículo 41 o del artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.* 2) *El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza*”. Este artículo no exige ninguna forma particular en cuanto a la comunicación de la existencia de derechos o pretensiones de terceros. El artículo 39 de la CCIM adopta una disposición similar a las previstas por el artículo 43 en lo que se refiere a la falta de conformidad de las mercancías. Por ejemplo, fueron admitidas como comunicaciones en los términos del artículo 43 de la CCIM demandas cruzadas en un juicio⁸⁷.
159. Asimismo, el compendio de la CCIM dispone que la comunicación tiene que ser detallada para que el vendedor pueda hacerse cargo de la reclamación del comprador⁸⁸.
160. Se puede añadir que el plazo razonable en que el comprador debe comunicar la existencia del derecho o la pretensión del tercero, depende de las circunstancias de cada caso en particular⁸⁹. El tipo de defecto es una de esas circunstancias. Por ejemplo, la obvia del defecto tiene por consecuencia la abreviación del plazo⁹⁰.
161. En la notificación de Solicitud adicional, NAZCA comunicó a los demandados la existencia del derecho de TLÁLOC sobre el 50% de las acciones de HUACA. Esta comunicación no sólo explica de manera muy detallada la pretensión de TLÁLOC, sino que además provee los documentos que la fundamentan. NAZCA sólo tuvo conocimiento del derecho de TLÁLOC con posterioridad a la notificación de arbitraje, de otra forma TLÁLOC hubiera participado en esta instancia desde el principio de las actuaciones. Teniendo en cuenta que la existencia de un derecho de un tercero no es obvia o evidente, y que ciertas comunicaciones entre NAZCA y TLÁLOC fueron necesarias para establecer de manera específica la existencia de este derecho, un plazo de 4 meses parece razonable.
162. De la lectura del correo electrónico del 15 de mayo 2012⁹¹ de TLÁLOC a los demandados, resulta claro que para TLÁLOC el Acuerdo de Compraventa de acciones sobre HUACA ya había sido válidamente concluido y que sólo se requería una “*documentación formal*”. Los demandados tuvieron conocimiento desde el 15 de Mayo 2012 de la existencia de una pretensión de TLÁLOC sobre el 50% de HUACA. Por consiguiente, en aplicación del artículo 43 de la CCIM, los demandados no pueden oponer a NAZCA una falta de comunicación o una comunicación tardía.

⁸⁷ *Cortem SpA v. Controlmatic Pty Ltd*: Federal Court of Australia, 13 de agosto de 2010, disponible en: www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2010/852.html.

⁸⁸ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2012), p.178 §14.

⁸⁹ Caso CLOUT nº 822, Bundesgerichtshof, Alemania, 11 de enero de 2006.

⁹⁰ Caso CLOUT nº 849, Audiencia Provincial de Pontevedra, España, 19 de diciembre de 2007.

⁹¹ Documento Nº 5 de la solicitud de ampliación. Caso Moot Madrid, pp. 55

163. El Tribunal Arbitral podrá admitir la responsabilidad de los demandados por cuanto transmitieron a NAZCA un 50% de las acciones sometidas a derechos de terceros, en violación del Contrato de Compraventa.

2. NAZCA ejerció válidamente su derecho a resolver el contrato y por lo tanto los demandados deben restituir el precio pagado

164. Debido a los incumplimientos contractuales ya mencionados, NAZCA tenía derecho a resolver el Contrato de Compraventa al tratarse de un incumplimiento esencial (a). En consecuencia, la resolución del contrato debe dar lugar a la restitución del precio pagado por NAZCA (b).

a. Los incumplimientos de los demandados tienen un carácter esencial

a.1. El carácter esencial de los incumplimientos de los demandados

165. El artículo 25 de la CCIM define la noción de incumplimiento esencial como un incumplimiento que “cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. La previsibilidad del perjuicio tiene que apreciarse tanto de forma subjetiva por parte del vendedor, como de forma objetiva a través de una comparación con aquello que una persona razonable hubiera previsto en la misma situación⁹². El momento para apreciar las consecuencias del incumplimiento es precisamente el de conclusión del contrato⁹³.
166. La jurisprudencia recalca que el incumplimiento de múltiples obligaciones derivadas de un mismo contrato puede entrar en la categoría de incumplimiento esencial⁹⁴. Es más, la falta de conformidad puede ser suficiente para constituir un incumplimiento esencial, como lo destacan varias sentencias judiciales⁹⁵. Los Principios Unidroit, en su artículo 7.3.1., establecen una noción más amplia del incumplimiento esencial⁹⁶.
167. Como ya se indicó, en cuanto al Contrato de Compraventa dos incumplimientos son imputables a los demandados. Por un lado, las acciones entregadas no fueron conformes con los términos del contrato (*Vid. supra* IV.B.1.a) y por otro lado, los demandados incumplieron al entregar acciones que no estaban libres de derechos de terceros (*Vid. supra* IV.B.1.b.).
168. Estos dos incumplimientos privaron sustancialmente a NAZCA de lo que tenía derecho a esperar en virtud del Contrato de Compraventa. En primer lugar, NAZCA tenía derecho a esperar que HUACA tuviese un funcionamiento normal y que el 100% de las

⁹² R. Koch : “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”.

⁹³ Caso CLOUT n° 275, Oberlandesgericht Dusseldorf, Alemania, 24 de abril de 1997.

⁹⁴ Caso CLOUT n° 171, Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996.

⁹⁵ Caso CLOUT n° 123, Bundesgerichtshof, Alemania, 8 de marzo de 1995: “un incumplimiento esencial del contrato puede ser causado por la entrega de mercaderías no conformes al contrato”.

⁹⁶ Artículo 7.3.1§2 Principios Unidroit.

acciones de HUACA estuvieran libres de derechos de terceros. Sin embargo, en virtud del contrato concluido entre los demandados y TLÁLOC⁹⁷, el 50% de las acciones de HUACA le pertenecía a TLÁLOC en el momento de la conclusión del contrato entre NAZCA y los demandados.

169. Además, los daños que resultaron de los incumplimientos de los demandados fueron previsibles tanto para ellos, como para toda persona razonable en la misma situación. En efecto es innegable que los demandados, siendo parte a todos los contratos, tuvieron conocimiento de la apertura del expediente sancionador, previamente a la conclusión del contrato, de forma que debieron haber previsto la posible imposición de una multa.

a.2. Los incumplimientos de los demandados legitiman la resolución del contrato por parte de NAZCA

170. El Artículo 49(1)(a) de la CCIM dispone que: “*El comprador podrá declarar resuelto el contrato: si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato*”. El artículo 7.3.1.§1 de los Principios Unidroit confirma esta idea⁹⁸. Por lo tanto, la existencia de un incumplimiento esencial por parte de los demandados, legitima la resolución del Contrato de Compraventa por NAZCA en aplicación de este artículo, tal y como lo hizo el 13 de junio de 2012⁹⁹.
171. El artículo 26 de la CCIM dispone que “*la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte*”. Igualmente, el artículo 7.3.2.§1 de los Principios Unidroit establece una obligación de notificación de la resolución del contrato¹⁰⁰, sin ninguna exigencia de forma¹⁰¹. De conformidad con este artículo NAZCA notificó a los demandados por medio un correo electrónico la resolución del Contrato de Compraventa el 13 de junio de 2012¹⁰². Asimismo, la comunicación fue realizada en un plazo razonable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49(1)(b) de la CCIM. Claramente, ante la ausencia de respuesta satisfactoria por parte de los demandados frente al pago de la sanción impuesta a HUACA, NAZCA se vio en la necesidad de resolver el contrato¹⁰³. Por último, tampoco se puede oponer a NAZCA una presunta falta de diligencia, ya que contactó varias veces a los demandados¹⁰⁴.
172. En consecuencia, los incumplimientos en que incurrieron los demandados causaron a NAZCA un daño previsible, privándola sustancialmente de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del Contrato de Compraventa. Estos incumplimientos se pueden calificar como esenciales según el artículo 25 de la CCIM y habilitaron a NAZCA,

⁹⁷ Documentos N° 3 y 4 Solicitud de ampliación. Caso Moot Madrid, pp. 53-54

⁹⁸ Artículo 7.3.1§1 Principios Unidroit.

⁹⁹ Documento N° 11 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, p. 26

¹⁰⁰ Artículo 7.3.2§1 Principios Unidroit.

¹⁰¹ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2012), p.122 §3.

¹⁰² Documento N° 11 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, p.26

¹⁰³ Documento N° 10 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, p. 25

¹⁰⁴ Documentos N° 6 a 10 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, pp.18 a 25

quien actuó con diligencia, a resolver el contrato conforme con lo dispuesto en el artículo 49(1)(a) mediante previa comunicación.

b. La resolución del contrato debe tener como consecuencia la restitución del precio pagado por NAZCA

173. El artículo 81 CCIM dispone que: “1. *La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.* 2. *La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar de la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente*”. El artículo 7.3.6 de los Principios Unidroit también trata la obligación de restitución, como efecto de la resolución del contrato¹⁰⁵.

174. Con arreglo a lo dispuesto en el Contrato de Compraventa, NAZCA cumplió con su obligación de pagar el precio 2.556.436,4 €. Como fue demostrado en el apartado anterior, el contrato fue válidamente resuelto por parte de NAZCA. En consecuencia, aplicando conjuntamente el artículo 81 de la CCIM y el artículo 7.3.6 de los Principios Unidroit, NAZCA tiene derecho a la restitución de la totalidad del precio pagado.

3. NAZCA debe ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos

a. Los daños y perjuicios sufridos por NAZCA reúnen los requisitos del artículo 74 CCIM

175. La indemnización por incumplimiento contractual está regulada por el artículo 74 de la CCIM que dispone que: “*La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato*”. Igualmente, el artículo 7.4.1 de los Principios Unidroit otorga un derecho a indemnización a la parte que ha sufrido un daño¹⁰⁶. Los daños y perjuicios sufridos por NAZCA reúnen los requisitos del artículo 74 CCIM.

a.1. Los tipos de daños sufridos por NAZCA están cubiertos por el artículo 74 CCIM

¹⁰⁵ Artículo 7.3.6. §1 Principios Unidroit.

¹⁰⁶ Artículo 7.4.1 Principios Unidroit.

176. El artículo 74 CCIM establece el principio de compensación plena¹⁰⁷ que abarca tanto el daño emergente, como el lucro cesante¹⁰⁸. Esta noción es definida por el artículo 7.4.2 de los Principios Unidroit¹⁰⁹. El artículo 74 CCIM se aplica a los daños consecuencia del incumplimiento contractual, como lo subraya la sentencia *Delchi v. Rotorex*¹¹⁰. Se admite que este artículo se aplica implícitamente a los daños incidentes o *incidental losses*, esto es, los daños que no resultan directamente de un incumplimiento contractual¹¹¹.
177. Por un lado, NAZCA sufrió perjuicios como consecuencia de la inmovilización de HUACA, resultado de la medida cautelar impuesta por la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento. El daño sufrido por NAZCA comporta el lucro cesante, ya que debido a la inmovilización no pudo obtener los beneficios esperados.
178. NAZCA incurrió en gastos que constituyen daños incidentales o *incidental losses* estimados en 17.428,5 €¹¹². Por lo tanto, el Tribunal Arbitral podrá admitir la existencia de dos tipos de daños que deben ser resarcidos bajo el principio de compensación plena.

a.2. Los daños sufridos por NAZCA fueron previsibles.

179. El artículo 74 de la CCIM establece que “*los daños no pueden exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato*”. El artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT también establece la previsibilidad del daño como un requisito de la indemnización¹¹³. La apreciación de la previsibilidad supone no sólo la adopción de un punto de vista subjetivo, es decir aquello que la parte que incumplió el contrato hubiera podido prever, sino también un punto de vista objetivo, fijándose en lo que debería haber previsto. Este punto de vista fue defendido tanto por la jurisprudencia arbitral¹¹⁴, como por la doctrina¹¹⁵.
180. En este sentido, los demandados, como toda otra persona razonable en la misma situación, pudieron haber previsto en el momento de la celebración del contrato, que la falta de resolución del expediente sancionador conllevaría necesariamente la inmovilización de la actividad mediante una medida cautelar. También pudieron prever

¹⁰⁷ Schlechtriem, Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3ª Ed., Oxford 2010 p.1000, §2.

¹⁰⁸ *Id.* p.1005, §18.

¹⁰⁹ Artículo 7.4.2 Principios Unidroit.

¹¹⁰ *Delchi Carrier, SpA, v. Rotorex Corporation*, U.S. District Court, Northern District of New York, Federal Court of 1st instance, Estados Unidos, 7 de septiembre de 1994, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12820.

¹¹¹ Schlechtriem, Schwenzer. *op.cit.* nota 130.

¹¹² Documento N° 8 de la Solicitud de arbitraje. Caso Moot Madrid, p. 20

¹¹³ Artículo 7.4.4 Principios Unidroit.

¹¹⁴ Laudo SMA (Society of Maritime Arbitrators) n° 2561 del 31 de marzo de 1987, *Sigmoil Resources N.V. v. Burmpac Trading & Transport Co (M/T Elbe Ore)*, 1989 WL 1646489 (S.M.A.A.S. 1989) ; Laudo CCI n° 1526, *Chunet*, 1974, p. 915 ; B. Hanotiau : “La détermination et l'évaluation du dommage réparable: Principes généraux et principes en émergence” en: Gaillard ed., *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, ICC Pub. No. 480/4, Paris (1993) pp. 209-222.

¹¹⁵ Perales Viscasillas: “El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)”, Pace Law School Institute of International Commercial Law.

el daño causado a NAZCA en las negociaciones, puesto que esta parte gastó dinero para preparar la adquisición de una sociedad que le resultó inutilizable.

a.3. El Tribunal Arbitral puede evaluar el quantum de los daños derivados de la inmovilización de HUACA

181. En cuanto a la evaluación del daño, se solicita al Tribunal Arbitral que nombre un perito para que establezca un informe evaluando el *quantum* de los daños derivados de la inmovilización de HUACA.
182. Si el derecho aplicable a la controversia no proporciona criterios precisos para la evaluación del *quantum* del daño, el Tribunal Arbitral debe reconocerse competente para evaluarlo por sí mismo, basando su decisión en equidad¹¹⁶. Tal solución ya ha sido acogida por varios laudos arbitrales¹¹⁷. Por consiguiente, en cuanto a la evaluación del daño derivado de la inmovilización de la sociedad, el Tribunal Arbitral podrá admitir la nominación de un experto, o subsidiariamente evaluar directamente la suma de los daños sufridos por NAZCA.
183. Por último, el Tribunal Arbitral debe reconocer que las indemnizaciones solicitadas por NAZCA no son desproporcionadas, ya que esta parte intentó minimizar los daños sufridos.

b. NAZCA minimizó los daños sufridos, de conformidad con el artículo 77 de la CCIM

184. La CCIM en su artículo 77 dispone que: “*La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida*”. Los Principios Unidroit en su artículo 7.4.8. también establecen la obligación de mitigar el daño por la parte que lo sufre¹¹⁸. Esta obligación es un principio que rige el Derecho del comercio internacional¹¹⁹. Así, la parte que invoca el incumplimiento del contrato ha de haber adoptado todas las medidas razonables, según las circunstancias, para reducir la pérdida.
185. Este deber de mitigar ha sido respetado por NAZCA al intentar evitar la inmovilización de HUACA al invitar a los demandados a dar una solución al expediente sancionador, sin embargo como quedó establecido, los demandados se negaron a cumplir con sus deberes. Por lo tanto, la indemnización solicitada por NAZCA no debe ser reducida,

¹¹⁶ B. Hanotiau. *op.cit.* nota 137.

¹¹⁷ Laudo CCI n° 5946 de 1990, Yearbook. 1991, 97 ; Laudo CCI n° 5946 de 1990, Yearbook. 1991, p. 97 ; Laudo CCI n° 2103 de 1972, Jarvin y Derains, p. 204.

¹¹⁸ Artículo 7.4.8 Principios Unidroit.

¹¹⁹ Y. Derains : “L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale”, *RDAI*, 1987, p. 375 ; B. Goldman : “La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives”, *Chunet*, 1979, p. 475.

dado que la misma intentó evitar las pérdidas que deben ser objeto de la indemnización que se reclama.

186. El daño sufrido por NAZCA reúne los requisitos del artículo 74 de la CCIM previstos para la indemnización, además NAZCA cumplió con la obligación de mitigar los daños. En conclusión NAZCA debe ser indemnizada plenamente.

V. PETICIÓN AL TRIBUNAL

Las demandantes solicitan al Tribunal Arbitral:

- Que se declare competente para conocer sobre cualquier incidente concerniente a su composición, con exclusión de la Autoridad Nominadora.
- Que declare que se encuentra habilitado por las partes para conocer del conjunto de la controversia con fundamento en las convenciones arbitrales que se han sometido a su jurisdicción.
- Que declare que los Señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Varela son parte al litigio.
- Que declare que el Tribunal Arbitral fue correctamente constituido con arreglo a la voluntad de las partes.
- Que declare que la ley aplicable al Acuerdo Estratégico y al Acuerdo de Compraventa son los principios generales incluyendo los Principios Unidroit y la CCIM.
- Subsidiariamente, que la ley de Cervantia es aplicable al Acuerdo Estratégico, al Acuerdo de Compraventa, y al Contrato de Compraventa.
- Que declare la existencia del Acuerdo de Compraventa sobre el 50% de las acciones de HUACA, concluido entre CHANCAS, Asociados y TLALOC el 7 de marzo de 2012.
- Que declare que el Acuerdo Estratégico concluido entre CHANCAS, los Asociados y TLALOC fue incumplido por los demandados.
- Que condene a CHANCAS y Asociados al pago de 3.000.000 € por incumplimiento del Acuerdo Estratégico, del Acuerdo de Compraventa y en todo caso por la ruptura abusiva de las negociaciones.
- Que declare que CHANCAS incumplió con sus obligaciones del Contrato de Compraventa, a saber: La obligación de entregar acciones conformes a los términos del contrato y libres de derechos o pretensiones de terceros.
- Que declare el derecho de NAZCA a resolver el Contrato de Compraventa y a la restitución del precio pagado consistente en la cifra de 2.556.436,4 €.
- Que condene a CHANCAS y Asociados a indemnizar a NAZCA por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Compraventa, los cuales se elevan a 17.428,5 € y por los daños y perjuicios derivados de la inmovilización de la actividad de HUACA.

- Que designe un experto con el fin de evaluar la suma de los daños padecidos por NAZCA en relación con la paralización de la actividad de HUACA, o que el Tribunal Arbitral proceda él mismo a su evaluación.
- Que se condene a los demandados al pago de los gastos que implique el presente arbitraje, así como al pago de los gastos en que las demandantes incurrieron para garantizar su defensa.

**V COMPETICIÓN INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y
DERECHO MERCANTIL – MOOT MADRID**

**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID / COMISIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL
INTERNACIONAL (CNUDMI/UNCITRAL)**

ABRIL DE 2013

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA

EN NOMBRE DE :

**CHANCAS, S.L., D.
ATAHUALPA INCA, D. HUÁSCAR
HUALLPA Y D. BLAS VALERA**

DEMANDADOS

CONTRA:

**NAZCA, S.A. Y
TLÁLOC CORP.**

DEMANDANTE



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

**FELIPE ACEVEDO, JUAN MANUEL DAZA, JAVIER ECHEVERRI, LUISA
FDA. GUTIÉRREZ Y DAGOBERTO OSPINA**

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	iv
LISTA DE AUTORIDADES	vii
RELACIÓN DE HECHOS	1
SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS.....	4
CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONTROVERSIA.....	5
I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE ÚNICAMENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA QUE DA ORIGEN AL PRESENTE TRÁMITE ARBITRAL.....	5
A. El Tribunal Arbitral no tiene competencia para decidir sobre su integración, y de cualquier forma estaría mal integrado de aceptarse la inclusión de los Terceros	5
1. Las decisiones sobre la integración del Tribunal Arbitral son una facultad de la autoridad nominadora	5
2. De llegar a considerarse que este Tribunal Arbitral es competente para decidir su debida constitución, el mismo se debe declarar debidamente integrado exclusivamente para la controversia entre Chancas y Nazca	6
B. El Tribunal Arbitral es competente para decidir únicamente sobre la controversia surgida en el ámbito del Contrato de Compraventa de Acciones.....	7
1. Existencia y validez de las cláusulas arbitrales presentadas.....	8
2. Los únicos suscriptores de la Cláusula Compromisoria que dio lugar a la integración del Tribunal Arbitral son Nazca y Chancas	8
3. No puede consolidarse la competencia del Tribunal Arbitral sobre una supuesta idea de economía procesal o compatibilidad de cláusulas compromisorias	12
II. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	13
A. Ley aplicable al fondo de la controversia	13
1. La ley aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones es la señalada por las Partes	13
a. La Convención de Viena no es aplicable de forma directa a la presente controversia de conformidad con su Artículo I (1).....	14
b. Aun cuando la Convención de Viena fue pactada por las Partes, la aplicación de las normas de conformidad de los bienes es incompatible con el objeto de la actual controversia.....	15
c. Las partes pactaron como aplicable en relación con la conformidad de las acciones objeto de la compraventa, a los Principios Generales de los Contratos Internacionales	16

2. La ley aplicable al Acuerdo Estratégico corresponde al Derecho de Andina, teniendo en cuenta que la controversia es propiamente societaria	17
a. La Parte Demandante no probó que la controversia que ocupa al Tribunal sea de materia contractual.....	17
b. La controversia es de materia propiamente societaria, y por lo tanto, la ley aplicable es el Derecho de Andina.....	18
B. Los Demandados no incurrieron en un incumplimiento contractual	18
1. Los Demandados no tenían la obligación de provisionar contingencias en su estados financieros y no se presenta una violación de garantías respecto de la buena salud financiera de la empresa y la existencia de una investigación.....	19
a. Chancas no estaba obligada a provisionar ninguna contingencia, por lo que no incumplió los principios de la contabilidad generalmente aceptados.....	19
b. Los Demandados no incumplieron las manifestaciones y garantías plasmadas en el contrato.	21
2. Los Demandados actuaron conforme a los Principios Generales de los Contratos Internacionales	22
a. Las Partes se encontraban en igualdad de condiciones en la negociación del Contrato	23
b. La Demandante faltó a su deber de debida diligencia.....	23
2. El Acuerdo Estratégico no es fuente generadora de obligaciones en los términos que propone la Demandante.....	26
a. No existió contrato de compraventa de acciones entre TLALOC y CHANCAS.	27
b. Los demandados no violaron el derecho de adquisición preferente de Tláloc.....	28
c. Los demandados no tienen que indemnizar a Tláloc.....	29
PETITORIO.....	30

LISTA DE ABREVIATURAS

§ / §§	Párrafo / Párrafos
Aclaraciones	Aclaraciones a los Hechos del Caso. V Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil.
Acuerdo Estratégico	Acuerdo Estratégico firmado entre Tláloc Corp y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa y D. Blas Valero y CHANCAS SL.
Art.	Artículo.
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Cl.	Cláusula.
Comentarios a los Principios	Comentarios a los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales de 2010.
Comisión de Designación	Comisión de designación de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid.
Contrato de Compraventa de Acciones	Contrato de Compraventa de Acciones de Huaca S.A. celebrado entre Nazca S.A. y Chancas SL.
Convención de Nueva York	Convención de las Naciones Unidas de 1958 para el reconocimiento y la ejecución de fallos arbitrales extranjeros.
Convención de Viena	Convención de Viena de 1980 para la Compraventa Internacional de Mercaderías.
Corte de Arbitraje	Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).
Chancas	Sociedad CHANCAS SL.

D.	Don.
Demanda Arbitral	Demanda arbitral instaurada por Nazca S.A. y Tláloc Corp. en contra de Sociedad Chancas S.L. y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera.
Demandado	Sociedad CHANCAS S.L. y D. Atahualpa Inca, D. Huáscar Huallpa, D. Blas Valera.
Demandante	Sociedad NAZCA S.A. y TLÁLOC CORP.
Doc.	Documento.
Dr.	Doctor.
Escrito de Demanda	Memorial realizado por los Demandantes, Tláloc y Nazca.
€	Euros.
Hechos del Caso	Hechos del Caso, V Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil.
Huaca	Sociedad HUACA, S.A.
Inc.	Inciso.
Informe Pericial	Informe Pericial Preparado por la firma KPMG Asesores S.L. el 8 de junio de 2012 sobre la situación de HUACA, S.A. [Documento N°8].
KPMG	Firma de Auditoria KPMG Asesores S.L.
Ley Modelo	Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional con las reformas introducidas en el 2006.
Ley de Aguas	Ley 23/2009 del 7 de abril de 2009 de Aguas de Andina.
N°	Número.
Nazca	Sociedad NAZCA S.A.

Normas CCI	Normas de la Cámara de Comercio Internacional.
Nota explicativa de la Ley Modelo	Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.
Pág.	Página.
Partes del Contrato de Compraventa	Las partes del Contrato de Compraventa de acciones suscrito entre NAZCA Y CHANCAS.
Partes del Acuerdo Estratégico	Las partes del Acuerdo Estratégico.
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.
Reglamento	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010.
S.A.	Sociedad Anónima.
Sede	Matrice, Madre Patria
Sr.	Señor.
ss.	Siguientes.
Terceros	Huascar Hualpa, Blas Valera, Atahualpa Inca y Tláloc Corp.
Tláloc	Sociedad TLÁLOC CORP.
Tribunal Arbitral	Tribunal arbitral designado por las Partes del arbitraje con base en la cláusula IX del contrato de Compraventa de Acciones entre NAZCA y CHANCAS.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
Vol.	Volumen.

LISTA DE AUTORIDADES

CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS NACIONALES

ABREVIATURA

REFERENCIA

CVCIM

Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980

Convención de Nueva York

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

Ley Modelo CNUDMI

Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional con las reformas introducidas en el 2006

Principios UNIDROIT

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010.

DOCTRINA

ABREVIATURA

REFERENCIA

ALJURE SALAME

ALJURE SALAME, Antonio. *El Contrato internacional*. Editorial Legis, Primera Edición. Bogotá: 2011.

AUDIT

AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises: Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: 1990.BARRIOS BOURE /ROJAS
COVARRUBIASBARROS BOURE, Enrique y ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás. *Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales*, Universidad de Chile. Santiago de Chile: 2009.

BELL

BELL, Kevin Bell, The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 8 Pace International Law Review 237, 249: 1996.

BOSCHIERO

BOSCHIERO, Nerina. *Le Convenzioni di diritto materiale uniforme*, en Trattato di diritto privato 231, 276 (Pietro Rescigno ed., 1987).

BREKOULAKIS

BREKOULAKIS, Stravos. The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room. Penn State Law Review: Vol. 113:4: 2009.

CARRASCOSA
GONZÁLEZ

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Configuración básica del contrato internacional”, en Curso de contratación internacional, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Directores), Colex, Madrid: 2003.

CNUDMI, 2012

CNUDMI, “Compendio de jurisprudencia relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, 2012.

ABREVIATURA

REFERENCIA

CORDERO MOSS

CORDERO MOSS, Giuditta. Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 18/No. 2 : 2007.

DE LA MAZA GAZMURI

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. “*Los límites del deber precontractual de información*”, Civitas Aranzadi, Pamplona: 2010.

DEL DUCA

DEL DUCA, Louis, DEL DUCA, Patrick. *Selected Topics Under the Convention on International Sale of Goods (CISG)* Publicado en *Dickinson Law Review* 205-253. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca2.html#14>: 2001

ENDERLEIN

ENDERLEIN, Fritz, MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*, Art. 6 no. 3.1 Disponible <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>. 2002

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A., *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, en CALVO CARAVACA, A.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (directores). BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 189: 1997.

FERRARI

FERRARI, F. *PIL and CISG: Friends or Foes?*. International Review of Law and Economics 25 (2005) 314–341 What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One has to Look Beyond the CISG, Franco Ferrari, Verona University School of Law, Italy: 2005.

LEGORBURO

LEGORBURO Consultores –Expertos Outsourcing financiero. Disponible en: <http://www.mootmadrid.es/2013/files/2012/05/CASO-MOOT-MADRID-con-aclaraciones.pdf>

LEW/MISTELIS/KRÖLL

LEW, Julian, MISTELIS, Loukas, KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International: 2003

ABREVIATURA**REFERENCIA**

HANOTIAU, 2006

HANOTIAU Bernard, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Kluwer Law International: 2006.

HANOTIAU, 2011

HANOTIAU, Bernard, *Consent to Arbitration: Do we share a common vision?*, Arbitration International, Kluwer law International 2011 volume 27 Issue 4. Pp. 539-554: 2011

NACIONES UNIDAS

NACIONES UNIDAS, Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980 (United Nations publication, Sales No. E.81.IV.3), p. 86.

ORTEGA, RODRIGUEZ
ANTOLIN, ZAMBRANA,
2006

DOMINGO, ORTEGA, RODRIGUEZ-ANTOLIN,
ZAMBRANA, *Principios de Derecho Global*, Navarra, 2006,
pág. 97; Disponible en <http://www.trans-lex.org/101550>.

OVIEDO ALBÁN, 2003

OVIEDO ALBAN, *Aproximación Al Sistema de Fuentes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías*. International Law: Revista colombiana de derecho internacional, junio, numero 001. Bogotá, Colombia. Pp. 103-156: 2003.

OVIEDO ALBÁN, 2005

OVIEDO ALBAN, "Aplicabilidad de la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como lex mercatoria". En: Colombia Vniversitas ISSN: 0041-9060 ed: Pontificia Universidad Javeriana Bogotá DC. v.109 fasc. p.319 – 337: 2005

OVIEDO ALBÁN, 2010

OVIEDO ALBÁN, La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías Antecedentes y desarrollos alternativo. Editado en la revista “Foro de Derecho Mercantil”, n° 29, Legis S.A., Bogotá, págs. 37 a 63: 2010.

OVIEDO ALBÁN, 2012

OVIEDO ALBAN, *"The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods"*. En: España Cuadernos De Derecho Transnacional ISSN: 1989-4570 ed: Universidad Carlos III de Madrid v.4.fasc.1 p.165 - 179: 2012.

PARRA RODRÍGUEZ

PARRA RODRÍGUEZ, CARMEN, *El nuevo derecho internacional de los contratos*, Universidad Externado de Colombia, J.M Bosch editor - Barcelona, Bogotá, 2002, pág. 225 y sigs. y CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Editorial Comares, Granada:

ABREVIATURA**REFERENCIA**

PERALES VISCASILLAS

1998.

PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

SCHLECHTRIEM, 1986

SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*: 1986.

SCHLECHTRIEM, 2005

SCHLECHTRIEM, P. *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*. Victoria University of Wellington Law Review (2005/4) 781-794: 2005

SCHROETER

SCHROETER, Ulrich G. *Freedom of contract: Comparison between provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law*: 2002.

TUGGEY

TUGGEY, Timothy N., *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge?*, 21 Texas International Law Journal 540, 542 (1986).

JURISPRUDENCIA**ABREVIATURA****PAÍS****REFERENCIA**

Asante Technologies v. PMC-Sierra

Estados Unidos de América

U.S. Federal District Court in California, 27 July 2001, CISG Database, Pace University, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>

Xiamen Intermediate People's Court

China

Xiamen Intermediate People's Court, People's Republic of China, 5 Sept. 1994, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=211&step=Abstract>>

Tribunale di Padova, Enero 11 de 2005

Italia

Tribunale di Padova, Italia, Enero 11 de 2005, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>>

B.P. Petroleum International Ltd. v. Empresa Estatal Petróleos de Ecuador

Estados Unidos

B.P. Petroleum International Ltd. v. Empresa Estatal Petróleos de Ecuador (Petroecuador), 02-20166, United States Court Of Appeals For The Fifth Circuit, 2003] U.S. App. LEXIS

ABREVIATURA	PAÍS	REFERENCIA
<i>(Petroecuador)</i> ,		12013, 11 de junio de 2003.
Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996	Alemania	Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996
Foo Ah Kim v Koo Chen Lim and another	Inglaterra	Foo Ah Kim v Koo Chen Lim and another [1995] SGCA 66
Chip Hup Hup Kee Construction Pte Ltd v Tng Peck Guek	Inglaterra	Chip Hup Hup Kee Construction Pte Ltd v Tng Peck Guek [2010] SGDC 351
Norwest Holdingste Ltd (in liquidation) v Newport Mining Ltd	Inglaterra	Norwest Holdingste Ltd (in liquidation) v Newport Mining Ltd [2010] SGHC 144

LAUDOS ABREVIATURA	AÑO	REFERENCIA
<i>CCI 4131</i>	1984	Laudo Arbitral Caso CCI 4131/ 1984.
<i>Laudo Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana.</i>	1989	Laudo Arbitral del 27 de octubre de 1989, Tribunal Arbitral Ad hoc. <i>Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana.</i> Disponible en http://www.biicl.org/files/3935_1990_biloune_v_ghana.pdf
<i>CCI 6653</i>	1993	Laudo Arbitral Caso CCI 6653/1993.
<i>CCI 8324</i>	1995	Laudo Arbitral Caso CCI 8324, 1995.
<i>CCI 8502</i>	1996	Laudo Arbitral Caso CCI 8502, 1996.
<i>CCI 8817</i>	1997	Laudo Arbitral Caso CCI 8817, 1997.
<i>CCI 9474</i>	1999	Laudo Arbitral Caso CCI 9474 de 1999.
Laudo Rheinland	2000	

ABREVIATURA	AÑO	REFERENCIA
Versich erungen vs. S.r.l. Atlarex and Allia nz Subalpina S.P.A.		Laudo Rheinland Versich erungen vs. S.r.l. Atlarex and Allia nz Subalpina S.P.A., 2000
<i>Laudo Constructora Mazal Ltda. vs. Inversiones GBS Ltda.</i>	2001	Laudo Arbitral de Tribunal de arbitraje, Cámara de Comercio de Bogotá, 15 de Marzo de 2001 Constructora Mazal Ltda. vs. Inversiones GBS Ltda. Se ha hecho referencia al mismo en: Tribunal de Arbitramento de 20 abril de 2004. Banco Davivienda S.A. v. Alianza Fiduciaria S.A.
<i>CCI 11018</i>	2002	Laudo Arbitral Caso CCI 11018, 2002.
<i>CCI 11204</i>	2003	Laudo Arbitral Caso CCI 1204, 2003.
<i>CCI 11575</i>	2003	Laudo Arbitral Caso CCI 11575, 2003.
<i>CCI 12111</i>	2003	Laudo Arbitral Caso CCI 12111, 2003.
<i>CCI 13012</i>	2004	Laudo Arbitral Caso CCI 13012, 2004.
<i>Laudo Cadena S.A. vs Invertlc y otros.</i>	2012	Laudo Arbitral del cinco (5) de septiembre de dos mil doce (2012) Bogotá D.C.: Tribunal de Arbitraje de Cadena S.A.Contra Invertlc S.A.S, Poetac Cano Y Cia S En C, Pesaj Inversiones Limitada, Asesores Gerenciales Tcal S.A., Amalia Caldas C.G. Y Cia S En C, Invermcc S.A.S., Inverpcc Sas, Legislación Económica S.A. Legis S.A., Inver Roberca S.A.S., Inversiones Dcg Ltda, Jesús María Beltrán Polo, Consuelo Caldas Cano, Luz Ángela Caldas Cano, Roberto Caldas Cano Y Salomón Tobar Díaz.

RELACIÓN DE HECHOS

AÑO 2005: Inicia el proceso de expansión de Nazca Empresas en Andina, además de en otros Estados. Nazca Empresas es un grupo internacional, presente en 25 países, marca renombrada por su alta calidad y variedad de aceites vegetales [Notificación de Arbitraje § 7]. Después de la realización de un estudio previo, Nazca determina que Huaca es la sociedad idónea para adelantar su plan de expansión en el Estado de Andina.

01 DE DICIEMBRE DE 2010: Es suscrito el Acuerdo Estratégico entre Tláloc y Chancas. El documento recoge un acuerdo marco donde los firmantes acuerdan en forma amplia sus relaciones. Fue planteado y suscrito por las partes como un acuerdo base de otros acuerdos específicos generadores de futuras obligaciones. Las mismas se tradujeron en un contrato firmado el 07 de marzo de 2012, plasmado en dos correos electrónicos, sin que en los mismos fuera pactado contrato alguno (07 y 08 de marzo de 2012) [Documento N°3 y 4 de la Solicitud Adicional].

27 DE FEBRERO DEL 2012: Los técnicos de la concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Yahuarpampa tomaron muestras del río Topama a su paso por la ciudad, y el resultado mostró el vertido de residuos más elevado de lo esperado. Es notificada de la apertura de expediente por dichos hechos a Huaca, sin que hubiere pruebas fiables que demostraran que el origen de los vertidos se debiere a la mala praxis por parte de Huaca. Posteriormente, Nazca envía email a Chancas realizando reclamo por dicha investigación [Documento N°6] a lo que, mail que es respondido por parte de Chancas, exponiendo de forma veraz los motivos por los que el resultado de dicho expediente no sería de ninguna forma perjudicial para la compraventa de la compañía [Documento N°7].

09 DE ABRIL DE 2012: Conversaciones preliminares entre Nazca y Chancas para la venta de acciones de Huaca. A través de dos correos electrónicos las Partes del Contrato de Compraventa reafirman su intención de llegar a un acuerdo y aceptación de la oferta presentada por ser la mejor del mercado (10 y 11 de abril de 2012) [Notificación de Arbitraje §11, Documentos N° 2, 3].

02 DE MAYO DE 2012: Suscripción del Contrato de Compraventa de Acciones de Huaca entre Nazca y Chancas [Documento N°4]

15 DE MAYO DE 2012: Tláloc envía email a Chancas y sus socios solicitando respuesta a su oferta, con respecto a las condiciones de pago, manifestaciones y garantías. Al día siguiente, Chancas anuncia la compra de Huaca por parte de Nazca. Lo anterior, teniendo en cuenta que Nazca y Tláloc son socios en el mercado de Andina, a través de una filial productora de aceites, y que era razonable pensar que estuviesen enterados de las propuestas realizadas.

08 DE JUNIO DE 2012: Nazca ordena realizar auditoria a Huaca por parte de la firma KPMG [Documento N°8] que no arroja resultados diferentes a los que debieron ser conocidos por Nazca al momento de reafirmar su intención de celebración del Contrato de Compraventa, y teniendo en cuenta que la oferta fue realizada por parte de Nazca. En dicho sentido es enviada respuesta por parte de Chancas a Nazca [Documento N°10].

13 DE JUNIO DE 2012: Nazca informa a Chancas mediante email la resolución unilateral injustificada del Contrato de Compraventa de acciones de Huaca [Documento No. 11].

20 DE JUNIO DE 2012: El Ayuntamiento de Yahuarpampa notifica a Nazca la suspensión en las actividades del objeto social de Huaca como medida cautelar entre tanto el expediente sancionador no sea resuelto por las autoridades pertinentes [Notificación de Arbitraje § 16].

16 DE JULIO DE 2012: Nazca notifica a Chancas del arbitraje, por virtud de la Cláusula IX del Contrato de Compraventa de acciones, notificación que obtiene respuesta el día 14 de agosto de 2012.

15 DE OCTUBRE DE 2012: Es enviada al Tribunal solicitud de participación en el procedimiento y de ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de la demanda, solicitando por un lado la participación como Demandante de Tláloc CORP y por otro, se adicionan peticiones a las inicialmente presentadas. El 29 de octubre de 2012, tiene lugar la respuesta preliminar a de Chancas a la Solicitud adicional presentada.

06 DE NOVIEMBRE: El Tribunal, mediante Orden Procesal No. 3, fija calendario del caso, de presentación de demanda y contestación, de Audiencias Orales y contenido a ser tratado por las Partes en los escritos.

SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

El Tribunal Arbitral debe declararse incompetente para resolver la cuestión relativa a su debida integración, en la medida en que las partes designaron una autoridad nominadora, sobre quien recae la competencia de pronunciarse sobre el nombramiento de los árbitros. Esto es propio de eventos en los cuales a un pacto arbitral para constituir un tribunal *ad hoc*, las partes introducen elementos propios de arbitrajes institucionales, con lo cual, sustraen competencias administrativas al conocimiento del tribunal.

Además, debe precisarse que el Tribunal Arbitral es competente para conocer únicamente de la controversia derivada de la cláusula compromisoria que fundamentó su integración, debido a que la simple equivalencia o compatibilidad entre pactos arbitrales no son argumentos suficiente para que se admita la intervención de terceros como parte de conformidad con el Reglamento. Esto teniendo en cuenta que el fundamento para que una controversia sea arbitrable desde el punto de vista subjetivo, no es otro distinto a la voluntad de las partes de acudir al procedimiento arbitral. Así, debe tenerse en cuenta que todos los Demandantes y Demandados no son parte del mismo pacto arbitral, sin que formalismos relativos a como se suscribió el contrato puedan ser alegados en contra de su verdadero sentido.

Por otro lado, y en relación con los argumentos de fondo, se señala en primer lugar que la ley aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones corresponde a los Principios Generales del los Contratos Internacionales, toda vez que aun cuando las Partes pactaron la aplicación paralela de la Convención de Viena, la misma no comprende reglas de conformidad que apliquen de forma adecuada a la presente controversia. Adicionalmente, toda vez la naturaleza societaria del Acuerdo Estratégico, por tratarse de una controversia alrededor de la oponibilidad de un acuerdo que limita la transmisibilidad de las acciones de Huaca, que además es ajeno a los estatutos, la misma deberá estar guiada por el derecho de Andina.

Seguidamente, se indica que no existe una vulneración a las manifestaciones y garantías pactadas entre las partes, por dos razones fundamentales: en primer lugar, a la fecha de celebración del contrato no se encontraba en curso un procedimiento administrativo, sino una mera investigación desarrollada en el marco de una política ambiental del nuevo gobierno; y por otro lado, que al no existir un pasivo, por cuanto no existe una sanción administrativa que condene a Huaca a pagar, no se debía registrar una provisión en los estados financieros del año 2011. Finalmente, el Demandante faltó a su deber de debida diligencia, por lo que no puede pretender atribuir tal negligencia a los Demandados, alegando la violación del principio de la buena fe.

Toda vez que la ley de Andina, como ley aplicable, ordena la inoponibilidad de aquellos acuerdos que limiten la negociabilidad de las acciones por fuera de los estatutos de una sociedad, el supuesto pacto de preferencia en el Acuerdo estratégico es inoponible a los Demandado. Por otro lado, y en subsidio, dicho Acuerdo no genera obligaciones por cuanto se refiere a un convenio marco y en ese sentido, no hay derecho a indemnización alguna.

CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA CONTROVERSIA

I. EL TRIBUNAL ARBITRAL ES COMPETENTE ÚNICAMENTE PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIA QUE DA ORIGEN AL PRESENTE TRÁMITE ARBITRAL

1. Este Tribunal Arbitral es competente para conocer la presente demanda y adelantar el respectivo procedimiento hasta su conclusión, pero ello es así únicamente en relación con el trámite como inicialmente fue planteado. El fundamento de la competencia de los árbitros es la voluntad de las partes y por más que se alegue compatibilidad de las cláusulas arbitrales existentes en el Acuerdo Estratégico en que pretende fundar la extensión del ámbito subjetivo y objetivo de la competencia, ello no es suficiente, ni razón fundamental, para consolidar la competencia del mismo.

2. Por ende, en ejercicio de las atribuciones para decidir sobre su propia competencia, este Tribunal Arbitral debe declinar de la misma, no sólo frente a la decisión de su debida integración en relación con las nuevas circunstancias del caso, sino también en lo relacionado con la posibilidad de conocer del fondo de la controversia como ha sido planteada en la reforma al ámbito subjetivo y objetivo del pleito, limitándose a la decisión sobre el Contrato de Compraventa de Acciones, acuerdo que contiene el pacto que fundamenta su competencia y constitución.

A. El Tribunal Arbitral no tiene competencia para decidir sobre su integración, y de cualquier forma estaría mal integrado de aceptarse la inclusión de los Terceros

3. Al haber las partes de la controversia originalmente señalado como autoridad nominadora a la Corte de Arbitraje de Madrid, resulta contestable que el Tribunal Arbitral no puede arrogarse la facultad de decidir sobre su integración. Ello obedece tanto al hecho de que esta decisión recae en la autoridad nominadora escogida por las partes, así como por causa de la falta de sustento jurídico o contractual que permita identificar la competencia de este Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre asuntos como su debida conformación.

4. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el Tribunal Arbitral adolecería de una indebida integración de aceptarse la incorporación de los Terceros al presente litigio. Los nuevos demandados y el nuevo demandante que se pretenden vincular a la controversia no cumplen con los parámetros necesarios para dicha actuación, por lo que aceptar su inclusión haría que se generara una constitución inadecuada del Tribunal Arbitral para conocer de la controversia.

1. Las decisiones sobre la integración del Tribunal Arbitral son una facultad de la autoridad nominadora

5. No puede entenderse que dentro de la facultad del Tribunal Arbitral para declarar su competencia frente a controversias arbitrales sometidas a su conocimiento, se encuentre comprendida la potestad de decidir sobre su integración, por cuanto las partes, al diseñar la

cláusula compromisoria contenida en el Contrato de Compraventa de Acciones, han señalado que si bien éste es un tribunal *ad hoc* administrado bajo las reglas del Reglamento, la facultad de nominación se ha depositado en una entidad distinta al Tribunal Arbitral haciendo que todo lo relacionado con la integración del mismo tenga que decidirse por un tercero legítima y contractualmente facultado para ello.

6. En el presente caso existe una controversia sobre la conformación del Tribunal Arbitral, derivada de la no participación en dicho nombramiento de quienes en un momento posterior se intenta vincular bajo el pretexto de hacer aplicable lo reglado por el artículo 17 No. 5 del Reglamento en concordancia a lo sentado por normas como el artículo 20, que permiten la reforma de la demanda para ampliar su ámbito objetivo y/o subjetivo dentro del marco del respeto a una cláusula compromisoria común y particular.

7. Sin embargo, no puede interpretarse esta norma en contra de los intereses de los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico, mucho menos cuando la actividad de un tribunal de arbitraje dista de la de una autoridad judicial al decidir sobre cuestiones relativas a su competencia por adhesión de partes o consolidación. En efecto, el árbitro es el elemento esencial por cuyo nombramiento se adelanta el procedimiento. Sin embargo, toda disposición institucional que involucre modificaciones a una administración *ad hoc pura*, como lo es el introducir una autoridad nominadora, saca de su esfera de administración los temas así dispuestos por las partes [Véase Lew, Mistelis & Kroll. §§ 10-4 y 10-5].

8. En este orden de ideas, cuando Lew, Mistellis y Kroll afirman que en el arbitraje *ad hoc* resulta importante el pacto de una autoridad nominadora, porque de lo contrario no habría cómo resolver problemas relativos al nombramiento de los árbitros, queda a todas luces claro que de no pactarse, esta facultad no sería absorbida por el tribunal arbitral [Véase Lew, Mistelis & Kroll. § 10-55]. Bajo este entendido, no queda ningún asomo de duda de que, si se quisiera adelantar este procedimiento bajo los términos propuestos por el Demandante en la extensión del ámbito subjetivo y objetivo del pleito, debería este Tribunal Arbitral declinar su competencia para que la autoridad nominadora o las partes, de conformidad con el Reglamento, procedan al efecto correspondiente.

9. No siendo la integración del Tribunal Arbitral un tema que deba ser sometido al análisis de éste, la decisión al respecto debe corresponder a la Corte de Arbitraje de Madrid, quien funge como autoridad nominadora en el presenta caso.

2. De llegar a considerarse que este Tribunal Arbitral es competente para decidir su debida constitución, el mismo se debe declarar debidamente integrado exclusivamente para la controversia entre Chancas y Nazca

10. Conforme se aprecia del decurso de este procedimiento, el Tribunal Arbitral se constituyó adecuadamente de acuerdo a lo previsto en el artículo 9.1 del Reglamento, pero ello es así exclusivamente con la intervención de Nazca y Chancas como partes de la controversia.

11. La inclusión de los Terceros involucraría que dichos sujetos de derecho deben aceptar expresamente su incorporación al procedimiento, manifestando su acuerdo con la integración del Tribunal Arbitral y con la venia de las demás partes que ya se encuentran vinculadas en el litigio. De lo contrario, deberá realizarse en los términos del artículo 17.5 del Reglamento.

12. Según se aprecia en el Escrito de Demanda, el fundamento de la contraparte para alegar la debida integración de este Tribunal Arbitral es por medio de la posibilidad que contempla el Reglamento para la incorporación de terceros en su artículo 17.5. Dicha norma establece que no es necesario que el tercero que se pretende incorporar manifieste su voluntad expresa de adhesión al procedimiento al momento de la solicitud de la inclusión, ni tampoco es necesario que todas las partes estén de acuerdo con la mencionada incorporación.

13. Conforme se explicará en el acápite siguiente, la incorporación de terceros en los términos del artículo 17.5 del Reglamento no es procedente, por lo que los Terceros deben aceptar expresamente su incorporación al procedimiento, manifestando su acuerdo con la integración del Tribunal Arbitral y con la venia de las demás partes que ya se encuentran vinculadas en el litigio con el fin de dar viabilidad a tal actuación. Por el contrario, en caso de no realizarlo, y sin perjuicio de los demás inconvenientes en temas de arbitrabilidad objetiva del pleito, la integración del Tribunal Arbitral no sería la adecuada para la controversia planteada.

14. En este sentido, debe tenerse claro que una decisión como la que pretende abrirse paso con lo pedido por la Demandante, sólo redundaría en un laudo virtualmente anulable, toda vez que se habrían violado los derechos de audiencia y defensa de nuestra representada, por un lado, y por el otro, el Tribunal Arbitral se habría integrado indebidamente de conformidad con el Reglamento. Al respecto se cita:

“Los problemas concretos que se tratan en este capítulo [arbitrajes multipartes] no pueden ser examinados sin hacer eco de los principios fundamentales del arbitraje. Como se ha mencionado, el arbitraje es consensual por naturaleza” [HANOTIAU §§ 228-229. Traducción Libre].

15. Por lo tanto, en este tipo de controversias, tanto en lo relativo a la integración del tribunal como a su competencia, cuestiones que no aparecen del todo claras y diferenciadas en el libelo de la Demandante, debe existir en todo momento, como fundamento de toda decisión, que la eficacia de este mecanismo deriva de la voluntad de las partes.

16. Así, la no intervención en la integración cuando el Reglamento, con sana crítica, así lo dispone, implica un desmejoramiento injustificado de la condición de quienes fueron tardíamente llamados a seguir con este procedimiento ya adelantado.

17. Se concluye entonces que al no ser factible la incorporación de los terceros que se pretenden vincular en los términos del artículo 17.5 del Reglamento, y al no haber existido la posibilidad de ninguno de los nuevos demandados en la controversia de ejercer su facultad de nombramiento de uno de los árbitros habiendo analizado completamente el marco factico y legal de la contienda, este Tribunal Arbitral no se encuentra adecuadamente integrado.

B. El Tribunal Arbitral es competente para decidir únicamente sobre la controversia surgida en el ámbito del Contrato de Compraventa de Acciones

18. En este punto, resulta necesario resaltar que el fundamento de la competencia del H. Tribunal Arbitral se basa en el consentimiento de todas las partes suscriptoras de un acuerdo en someter sus diferencias a este mecanismo de naturaleza eminentemente contractual. En

este sentido, se observa que si bien el numeral 5 del artículo 17 del Reglamento contempla la posibilidad de incorporar a terceros, la misma norma restringe esta posibilidad a la hipótesis en la cual el tercero que se pretende incorporar haya sido parte inicial del convenio arbitral por medio del cual se dio la integración inicial del tribunal de arbitramento.

19. Conforme se evidenciará a continuación, ni Tláloc ni los señores Athaulpa Inca, Huascar Hualpa ni Blas Valera fueron parte de la cláusula compromisoria suscrita entre Nazca y Chancas que dio lugar a la integración de este Tribunal, motivo por el cual en uso de sus facultades consagradas en los artículos 17.5, 22 y 23 del Reglamento, el Tribunal Arbitral debe declarar improcedente la ampliación del ámbito subjetivo y consecuentemente el objetivo de la demanda propuesto por la contraparte en vista a la falta de consentimiento de llevar a cabo un arbitraje complejo multi-contratos y multipartes como el que se plantea por la Demandante.

1. Existencia y validez de las cláusulas arbitrales presentadas

20. En primer lugar, resulta procedente mencionar que esta parte se muestra de acuerdo con la existencia y la validez de las dos cláusulas arbitrales mencionadas por la Demandante, aclarando de cualquier forma que la ley aplicable a las mismas no es la de Andina, Cervantia y Aztequia como erróneamente lo propone la contraparte [Escrito de Demanda, § 3].

21. En consideración a que Nazca y Chancas por un lado, y Tláloc, Chancas y sus socios por el otro no sometieron sus cláusulas arbitrales a ningún ordenamiento normativo en específico, de conformidad con el principio *lex loci arbitri* ampliamente aceptado en el panorama internacional e incorporado en el Art. 5 de la Convención de Nueva York, la ley realmente aplicable a estas es la del país de Madre Patria, sede de arbitraje elegido por las partes de ambas convenciones.

22. Ahora bien, sin perjuicio de aceptar la validez y existencia de cada cláusula arbitral separadamente, se reitera de cualquier forma que las mismas se circunscriben al compromiso de resolver por medio del arbitraje materias absolutamente diferentes. Es decir, que en efecto se acepta la existencia de dos acuerdos arbitrales jurídicamente vinculantes, pero sus efectos abarcan materias distintas y se suscribieron en el marco de dos relaciones contractuales disímiles con sujetos diversos, por lo cual no pueden ser usadas indiscriminadamente para resolver dos controversias en un mismo arbitraje.

23. Se debe resaltar que bajo el marco de esta controversia, el único acuerdo arbitral relevante es aquel que dio lugar a la constitución de este tribunal. Cualquier convención distinta a esta podrá servir para la integración de otro tribunal de arbitramento distinto, pero no será fundamento para ampliar la competencia estricta que se le ha conferido a los honorables señores árbitros de común acuerdo por Nazca y Chancas. De no respetarse lo anterior, se le otorgaría injustificadamente el derecho a Nazca de modificar unilateralmente los términos fijados en el Contrato de Compraventa de Acciones del 2 de mayo de 2012 en claro perjuicio de nuestra representada.

2. Los únicos suscriptores de la Cláusula Compromisoria que dio lugar a la integración del Tribunal Arbitral son Nazca y Chancas

24. Dejando a un lado la discusión sobre la validez y existencia de las cláusulas arbitrales presentadas por la contraparte, y particularmente aquella celebrada entre Nazca y Chancas, la cuál es la que realmente nos concierne bajo el marco de este pleito, resulta imperativo mencionar que los únicos suscriptores de la cláusula compromisoria que dio origen a la constitución de este Tribunal Arbitral son Nazca y Chancas. No resulta procedente incorporar a ningún tercero que no haga parte del único acuerdo arbitral relevante para este litigio, más aún cuando no media el consentimiento de todas las partes involucradas dentro de la controversia para realizar tal actuación.

25. Tal y como la misma parte Demandada hace referencia en su Escrito de Demanda, el artículo 17.5 del Reglamento “(...) *dispone la facultad que tiene este tribunal para permitir que un tercero intervenga en el arbitraje, estableciendo las siguientes condiciones: “que el tercero invitado sea parte del acuerdo arbitral, salvo que el tribunal entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por resultar perjudicial para alguna de ellas(...)”*”[Escrito de Demanda §14].

26. Sin perjuicio de la referida cita, de forma sorprendente la contraparte no despliega esfuerzo argumentativo alguno que permita demostrar el cumplimiento de los condicionamientos normativos del Reglamento al que ella misma hace referencia para demostrar el fundamento de la reforma de su demanda. Por el contrario, la misma Demandante acepta que “(...) *nos encontramos frente a dos cláusulas arbitrales, donde respectivamente: (i) NAZCA y CHANCAS; y (ii) TLALOC, CHANCAS y sus socios; han indicado de manera clara y expresa, su consentimiento de someter a arbitraje todas las controversias que pudieren surgir (...)*” [Escrito de Demanda §13].

27. Así entonces, resulta a todas luces evidente que la incorporación de los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, como también de la compañía Tlálóc, solo hubiese sido procedente en el caso en que todas estas personas hubiesen sido parte del mismo acuerdo arbitral que dio lugar originalmente a la competencia del Tribunal Arbitral, pues de lo contrario, en la etapa del reconocimiento y de la ejecución del laudo, los Demandados podrían alegar que al no haber participado en la constitución de este tribunal, nunca se formó el consentimiento necesario para proferirse un laudo arbitral vinculante a ellos.

28. El condicionamiento relativo a que el tercero invitado a participar en el procedimiento arbitral pertenezca al mismo acuerdo que dio lugar a la integración del tribunal de arbitramento, resulta de esencial importancia para la viabilidad jurídica de tal incorporación. La única forma de encontrar el consentimiento necesario para proferir un laudo vinculante al tercero invitado al procedimiento en una situación como la que se presenta, es alegando que dicha voluntad se manifestó al momento de la suscripción de la cláusula compromisoria por medio de la cual se invocó la constitución del tribunal arbitral, dejando de existir la necesidad de que el referido tercero exprese su voluntad de adherirse al procedimiento.

29. Esta última afirmación tendría fundamento en que al momento de suscribir el acuerdo arbitral y aceptar las respectivas reglas de adhesión de terceros previstas por el Reglamento, se acepta que la constitución de un tribunal, surgido bajo esa cláusula en particular, permitiría que no todas las partes seleccionen sus árbitros bajo parámetros absolutamente restrictivos y que están a discrecionalidad del árbitro siempre y cuando se cumpla con el requisito de una sola cláusula arbitral.

30. Pues bien, precisamente esta fue la línea argumentativa que acogió el Grupo de Trabajo encargado de la revisión del Reglamento en la CNUDMI, el cual señaló que si bien no es necesario que el tercero que se pretenda incorporar al procedimiento arbitral acepte expresamente su incorporación, si es necesario que dicho tercero haya entonces aceptado previamente la aplicación del Reglamento CNUDMI en el mismo convenio arbitral que dio lugar a la integración del tribunal arbitral, afirmando lo siguiente:

“[...] El Grupo de Trabajo acordó que la parte a ser incorporada debía ser parte del acuerdo arbitral y que la referencia al término “tercera parte” debía seguir siendo evitada.

[...] Una propuesta fue realizada para borrar la frase “y ha consentido en ser incorporada” en la primera oración del párrafo (4). Se observó que esa frase no sería necesaria por cuanto la norma ya requería que la parte a incorporarse debía ser parte del acuerdo arbitral. El acuerdo de las partes de que se aplicara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI implicaría que dichas partes daban también su consentimiento para la aplicación de la disposición sobre la adhesión de terceros al procedimiento y para la posibilidad de que el tribunal arbitral se constituyera sin el consentimiento de dichas partes... [Informe del Grupo de Trabajo II en el 49º Período de Sesiones. §§ 130; 131; 133. Traducción libre]

31. Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, y a pesar del vacío argumentativo absoluto de la Demandante en este aspecto, vale la pena resaltar una situación que podría llevar erróneamente a este Tribunal Arbitral a pensar que en efecto todos los demandados sí son parte de la cláusula arbitral *sub-examine*. Esto es, que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera suscribieron junto a Nazca el Contrato de Compraventa de Acciones del día 2 de mayo de 2012 sin indicar expresamente su calidad de representantes de Chancas.

32. Frente a este último punto, debemos mencionar que la firma de dichos sujetos no es prueba de su voluntad de acudir a un procedimiento arbitral en caso de una disputa derivada de la relación contractual entre Nazca y Chancas. Al respecto, resulta imperativo mencionar que el artículo 2.2.3 de los Principios UNIDROIT (como normas aplicables al fondo de esta controversia) menciona en su numeral primero que ***“Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero”*** (negrilla fuera del original).

33. En consideración a que todas las obligaciones adquiridas en el Contrato de Compraventa de Acciones celebrado entre Nazca y Chancas solo podían ser ejecutadas por estas dos partes, y que además la calidad de accionistas y representantes de Chancas de los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera fue clara, sin la necesidad de ser expresa, resulta evidente que las únicas partes obligadas en el referido acuerdo son las llamadas inicialmente a presentarse dentro de esta controversia.

34. Queda claro de la inserción de la expresión “Vendedora” en el Contrato de Compraventa de Acciones [Documento No. 5 de la Notificación de Arbitraje] que los suscriptores de este acuerdo lo hacían en nombre de la sociedad que representaban, con lo

cual queda demostrada la improcedencia de la solicitud de la Demandante, habida cuenta que no se ajusta a los lineamientos del Reglamento.

35. Por otro lado, si bien es cierto que el acuerdo arbitral goza de autonomía en relación con el clausulado contractual dentro del cual está inserto, resulta igualmente acertado afirmar que la ley aplicable al resto del contrato resulta útil para integrar cuestiones sobre las que no exista claridad en la ley aplicable de forma directa al acuerdo arbitral.

36. En este orden de ideas, al no existir claridad sobre el tema de apoderamiento y representación dentro del ordenamiento jurídico de Madre Patria, el Tribunal Arbitral en uso de sus facultades previstas en los artículos 17.1, 25.1 y 25.3 del Reglamento puede determinar que la ley llamada a resolver esta cuestión, es aquella fijada por las partes para el fondo de su relación contractual. Lo anterior, teniendo en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso, siendo este precisamente el de la representación aparente recogido en los Principios UNIDROIT.

37. Se concluye que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no suscribieron a nombre propio la cláusula arbitral de Nazca y Chancas, por lo que no se obligaron a acudir a este procedimiento, ni tampoco aceptaron las reglas sobre terceros del Reglamento para adherirse a este litigio.

38. Por último, resulta importante mencionar que en lo referente a la incorporación de Tláloc como parte demandante, su adhesión al procedimiento tampoco resulta factible en consideración a que ello iría en contra a los términos y condiciones en las cuales el acuerdo arbitral relevante para esta controversia fue pactado. De esta forma, cualquier modificación del contenido del acuerdo, incluyendo particularmente las partes del mismo y los temas que se someten al arbitraje debe ser realizada por mutuo acuerdo de sus suscriptores iniciales.

39. Aceptar la posibilidad de incorporar a Tláloc sin el consentimiento de Chancas no resulta procedente pues implicaría una alteración del contenido mismo del acuerdo arbitral, ampliando el ámbito subjetivo del mismo de forma unilateral en detrimento de los derechos del ente corporativo por nosotros representado y atentando contra el principio de igualdad de las partes fijado en el artículo 17.1 del Reglamento.

40. De cualquier forma, e incluso de llegar a considerarse que Tláloc sí puede intervenir como tercero en este litigio, el Tribunal Arbitral no podría decidir sobre ninguna de sus pretensiones pues en lo que respecta al ámbito de arbitrabilidad objetiva del pleito, se reitera que esta depende, primordialmente, de las materias que efectivamente las partes hayan decidido someter al arbitraje.

41. En consideración a que la cláusula compromisoria pactada entre Nazca y Chancas no abarca controversias suscitadas por tema distinto al Contrato de Compraventa de Acciones, resulta evidente que este Honorable Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de las materias relacionadas con el presunto incumplimiento del Acuerdo Estratégico y sus supuestos derivados.

42. Teniendo claro que ninguno de los sujetos que se pretenden incorporar al litigio fueron parte del acuerdo arbitral invocado para constituir este Tribunal Arbitral, se concluye que: (i) al no cumplirse con el requisito del artículo 17.5 del Reglamento para la incorporación de

terceros; (ii) al no existir una manifestación de voluntad de las partes en incorporar de común acuerdo a todos los sujetos en cuestión; (iii) ni tampoco de ampliar el ámbito objetivo del acuerdo arbitral base de este litigio para abarcar las materias del supuesto incumplimiento al Acuerdo Estratégico, la reforma a la demanda presentada por la contraparte carece de méritos para su reconocimiento.

43. Este Tribunal Arbitral debe proceder a declinar su competencia para conocer sobre cualquier reclamo realizado por Tláloc en contra de los Demandados así como también de toda pretensión incoada en contra de los Socios de Chancas al no existir ningún fundamento legal o contractual que así lo permita.

3. No puede consolidarse la competencia del Tribunal Arbitral sobre una supuesta idea de economía procesal o compatibilidad de cláusulas compromisorias

44. Con el fin de concluir los argumentos relacionados a la competencia de este Honorable Tribunal Arbitral para conocer de la controversia, resulta necesario mencionar que las nociones de economía procesal o compatibilidad de las cláusulas compromisorias son asuntos accesorios en la operación de fenómenos como la adhesión de terceros al proceso arbitral o la consolidación de controversias. En este sentido, carecen completamente de relevancia al no haberse construido previamente una estructura argumentativa lo suficientemente sólida como para fundamentar jurídicamente la incorporación de los Terceros.

45. El consentimiento y la autonomía de la voluntad dentro del arbitraje, como pilar filosófico y axiológico de su existencia, no puede ser desconocido por medio de conjeturas estructuradas a partir de simples descripciones hipotéticas y circunstanciales, de escenarios que no encuentran un sustento legal para vincular a este Tribunal Arbitral.

46. Este procedimiento arbitral surge como consecuencia de la ejecución material de un contrato, donde terceras personas no deben intervenir a menos que de común acuerdo se consienta en su adhesión a la convención. Así, sin importar lo “aconsejable” que considere la contraparte que sería incluir a más sujetos dentro del proceso que se adelanta, no hay fundamento jurídico alguno que soporte tal presunto beneficio.

47. Por último, en lo relacionado con el principio de economía procesal, resulta esencial mencionar que un tribunal de arbitramento debe tener una concepción distinta de este precepto procesal, distinto a la interpretación que de él puede llegar a tener un juez de una jurisdicción doméstica. Lo anterior, por cuanto la fuente de su competencia para resolver una controversia es diametralmente diferente a la del árbitro y los motivos que guían su actuar se alejan completamente del terreno de la autonomía de la voluntad para entrar al del orden público nacional.

48. Se excluye entonces la posibilidad de usar el referido principio como una razón estructural para permitir un arbitraje complejo multi-partes y multi-contratos que no fue concebido de tal forma por ninguna de las partes presentes en este litigio al momento de celebrar el acuerdo arbitral, pues no hay motivos de eficiencia administrativa y orden público que obliguen a este Tribunal Arbitral a la resolución conjunta de controversias que en el fondo son claramente diferentes.

II. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

49. Una vez ha sido desvirtuada en su totalidad la competencia del H. Tribunal Arbitral para conocer y decidir de fondo la presente controversia, de modo que sea vinculante para los Terceros, se procede a señalar los argumentos que responden a las pretensiones de fondo del Escrito de Demanda, que tendrán como conclusión la declaración inexorable de cumplimiento de las obligaciones de las cuales la Parte Demandada es la titular.

A. Ley aplicable al fondo de la controversia

50. Dentro de los asuntos que deben ser discutidos por las Partes [Orden Procesal No. 4 Punto 5.] en relación con el fondo de la controversia, conviene presentar las consideraciones de los Demandados relativas a determinar cuál es el derecho aplicable, que además desvirtúan en su totalidad los argumentos soslayados por la parte Demandante: i) en primera medida, al Contrato de Compraventa de Acciones; y en segundo lugar ii) al Acuerdo Estratégico y las comunicaciones mantenidas entre éstos, suscritos entre las Partes.

51. Sin embargo, es pertinente hacer una aclaración preliminar al contenido del Escrito de Demanda presentado por la Demandante en lo relativo a la ley aplicable. Durante sus alegatos, la misma señala que *“La naturaleza de la relación jurídica entre las partes es netamente contractual y debe regirse por los principios de Derecho Uniforme”* [Escrito de Demanda §74], refiriéndose a las dos relaciones contractuales fuente de controversia entre las Partes.

52. Adicionalmente, después de realizar un análisis sobre la naturaleza contractual o societaria de las dos relaciones (análisis que es controvertido respecto del Acuerdo Estratégico en la segunda parte de este capítulo A [Punto 2.]), concluye que la calidad de “asunto de tipo contractual” *“(…) resulta esencial para determinar la legislación aplicable al caso. En efecto, la naturaleza contractual de las cuestiones en conflicto define la normativa aplicable que las rige”* [Escrito de Demanda §83].

53. Teniendo en cuenta lo anterior, es de importancia resaltar que el Demandante incurre en una confusión de las Cláusulas de Ley Aplicable de dos convenios diferentes y con efectos completamente disímiles, por cuanto la determinación de la calidad de la controversia como societaria o contractual no tiene influencia alguna en la aplicación de la Cláusula VIII del Contrato de Compraventa de Acciones.

1. La ley aplicable al Contrato de Compraventa de Acciones es la señalada por las Partes

54. Las Partes dentro del Contrato de Compraventa de Acciones pactaron la ley que sería aplicable al mismo en su Cláusula VIII. La Demandante comparte dicha postura en el Escrito de Demanda, aunque se cita tan sólo parcialmente el texto de la estipulación [Escrito de Demanda §85].

55. Sin perjuicio de lo anterior, la contraparte incurre en una contradicción sustancial en su argumentación, pues en primer lugar señala que la ley aplicable a ambas convenciones y controversias son *“(…) los principios de Derecho Uniforme”* [Escrito de Demanda §74, 106], por virtud de la naturaleza contractual de ambas controversias, y posteriormente, señala que

en lo relacionado con el Contrato de Compraventa de Acciones, la ley aplicable es la Convención de Viena por expresa aplicación de la autonomía de la voluntad de las Partes.

56. En este sentido, la Cláusula pactada por las Partes señala que el Contrato de Compraventa de Acciones se regirá: “(...) *por lo dispuesto en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y los principios generales de los contratos internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia*” [Notificación de Arbitraje, § 22].

a. La Convención de Viena no es aplicable de forma directa a la presente controversia de conformidad con su Artículo I (1)

57. De esta forma, analizando el contenido del pacto de ley aplicable y la verdadera voluntad de las Partes, aun cuando la Convención de Viena fuere consagrada en la estipulación contractual como uno de los cuerpos normativos aplicables, la misma no puede serlo, de acuerdo con el ámbito de aplicación regulado en el Artículo I (1) de la Convención [SCHLECHTRIEM, 2005], que lo reduce al cumplimiento de dos principales factores, a saber:

1. *Uno geográfico o espacial* que consiste en que los Estados sean Estados contratantes de la Convención y tengan sus establecimientos en Estados diferentes. En el caso concreto, Nazca y Chancas tienen sus establecimientos en Cervantia y Andina respectivamente [Notificación de Arbitraje, §§ 1,2], aun cuando Andina no es Estado parte de la Convención [Notificación de Arbitraje]. Luego al no cumplirse dicho factor, la Convención deviene inaplicable.
2. *Uno material*, que consiste en la presencia de un contrato de venta de mercaderías internacional, es decir, un contrato en el que exista la obligación del vendedor de transferencia de la propiedad y entrega material del objeto de la venta, teniendo especial cuidado en que tal bien, no se encuentre excluido por el Artículo 2 de la Convención. En el presente caso, aun cuando es fácilmente reconocible la internacionalidad del Contrato, el objeto de la misma de acuerdo con la Cláusula III del Contrato de Compraventa de Acciones [Notificación de arbitraje, Documento No. 4] corresponde a una de las compraventas excluidas por el Artículo 2 (d), en relación con los valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio, tal como es aceptado por las Demandantes [Notificación de Arbitraje § 23; Escrito de Demanda § 99] y confirmado por los Demandados [Respuesta a la Notificación de Arbitraje §14].

58. De lo anterior puede concluirse que la Convención de Viena no puede ser aplicable, toda vez que el Contrato de Compraventa de Acciones tiene como objeto un bien intangible. En este sentido, es alegado por los Demandantes que “*las partes pueden excluir las disposiciones de la CISG a su voluntad, lo que permite así prescindir del inciso que discrimina a las acciones como objeto de compraventa. Si bien las partes no mencionan expresamente la exclusión de la disposición prohibitiva de la CISG, jurisprudencialmente se ha respaldado en varios casos la tesis de que las partes pueden tácitamente excluir normativas de la CISG, es decir, sin mención expresa*” [Escrito de Demanda §100, 101].

59. Con relación a lo señalado por la contraparte, aun cuando la jurisprudencia ha aceptado en ocasiones la exclusión tácita, la misma es limitada a ciertos supuestos que los Demandantes no prueban, a saber: (i) las partes deben tener conocimiento de que la Convención de Viena sería inaplicable; y en segundo lugar (ii) dicha exclusión debe ser real y consciente, es decir, que pueda deducirse con seguridad del conjunto de circunstancias que rodeen el contrato porque las partes hayan tenido la intención de querer excluir su aplicación [Rheinland Versicherungen vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.P.A.].

60. En la presente controversia, los Demandados no prestaron consentimiento ni real ni seguro de la exclusión de dicho Artículo de la Convención, luego en conclusión el mismo aplica y la misma se hace inaplicable por el no cumplimiento de los factores territorial ni objetivo.

b. Aun cuando la Convención de Viena fue pactada por las Partes, la aplicación de las normas de conformidad de los bienes es incompatible con el objeto de la actual controversia

61. Por otro lado, es cierto que el pacto realizado por las Partes en uso de su autonomía de la voluntad devino en la escogencia de la Convención de Viena como una de las normas aplicables a la controversia. No pretende la Parte Demandada negar este hecho, sino favorecer la aplicación de aquella normativa que dentro de aquello pactado por las Partes, se ajuste mejor a la materialidad de la controversia.

62. En este sentido, aun cuando el H. Tribunal decidiera que la Convención de Viena es aplicable de forma directa a la controversia, representa un inconveniente de gran importancia la aplicación específica de la Sección III sobre la “*Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros*” en su artículo 35 de la Convención, que regula los factores que determinan que el objeto de la compraventa fueren o no conformes a lo pactado y que tendría un papel determinante en la solución al caso planteado.

63. En relación con lo anterior, no pretende la Parte Demandada hacer un análisis escueto de exclusión tácita de dicha norma, tal y como lo hizo la parte Demandante en otros aspectos ya analizados, sino que a continuación serán presentado ante el H. Tribunal, argumentos de fondo frente a cada uno de dichos factores de determinación de conformidad de los bienes, que en todo caso, explican por qué la Comisión Redactora de la Convención de Viena decidió excluir de su ámbito de aplicación a las acciones y en general, a los objetos intangibles.

64. En el artículo 35 de la Convención de Viena en su párrafo se establecen criterios sobre la calidad, la función y el embalaje de las mercaderías, que aplicados al caso en concreto permiten concluir:

1. En cuanto al criterio de utilidad o función (literales a) y b)), debe decirse que las acciones de la compañía no corresponden a “mercaderías” en los términos de la Convención, por lo que se hace difícil realizar un análisis válido de que el uso general de las mismas sea paralelo al de su género, por ser estos bienes que fueron vendidos como especies y por sus características especiales, al representar los derechos económicos y políticos al interior de una Compañía determinada, Huaca;

2. En relación con el criterio de las cualidades de la muestra o modelo (literal c), es claro que en el presente negocio, por comportar las características propias de la compraventa de las acciones de una empresa, y estar en juego la propiedad de una persona jurídica, dicho criterio no es materialmente aplicable al supuesto de hecho por lo que tampoco podría hacer la comparación de una “muestra” con Huaca como objeto de la compraventa.
3. Por último, se enumera la condición de embalaje o envase de las mercaderías (literal d)), que por razones evidentes no es aplicable tampoco al supuesto de hecho, siendo sólo comparable ante objetos que son del ámbito de aplicación directo de la Convención, teniendo en cuenta además que las acciones comportan un título valor que materializa (sólo en algunos casos) un derecho, no una mercadería o un bien tangible que pueda conservarse de la forma como lo plantea la Convención [CNUDMI, 2012].

65. Por todo lo anterior, es claro que dicha norma, que es determinante para la aplicación consecencial de las demás normas sobre conformidad de bienes o mercaderías, no puede ser materialmente aplicable desde un punto de vista teleológico. La aplicación de una norma que, aun cuando ha sido pactada por la Partes para regular los asuntos de controversia, no responde a la situación de hecho específica ni a las necesidades y verdadera voluntad de las Partes, constituye una violación a la seguridad jurídica y afecta gravemente la predictibilidad de la que deben gozar las partes de un contrato al momento de acordar sus condiciones y términos.

c. Las partes pactaron como aplicable en relación con la conformidad de las acciones objeto de la compraventa, a los Principios Generales de los Contratos Internacionales

66. Siguiendo con la línea de argumentación esbozada hasta el momento, cabe señalar al H. Tribunal Arbitral cómo es que las Partes en virtud de la autonomía de la voluntad tuvieron la intención, mediante su pacto de ley aplicable, de llenar los vacíos e incongruencias que representaba en algunos asuntos la aplicación de la Convención de Viena.

67. Un análisis detenido de la Cláusula VIII del Contrato de Compraventa de Acciones, deja ver que las Partes previeron los vacíos que respecto del objeto del Contrato, representaría la escogencia de la Convención de Viena como ley aplicable. En este sentido, las Partes establecen una jerarquía en cuanto a las normas aplicables, señalando que la ley aplicable serán la Convención “y los principios generales de los contratos internacionales, que resultarán aplicables a modo de reglas de derecho, así como, en las materias no cubiertas por aquéllos, por el Derecho de Cervantia” [Notificación de Arbitraje, § 22]. Lo anterior, permite concluir que los principios generales se pactaron con una función específica, la de suplir aquellos aspectos en los que la Convención no respondería a la voluntad de las Partes. Adicionalmente, y en forma supletiva, se pacta ley de Cervantia.

68. La jurisprudencia ha señalado en relación con la aplicación del artículo 35 de la Convención, que “Si las partes no desean que estos criterios se apliquen a su contrato, pueden, según el artículo 35, pactar otra cosa. A menos que las partes ejerzan su autonomía para excluir del contrato las normas del párrafo 2 del artículo 35, estarán obligadas por ellas” [Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996].

69. El análisis realizado anteriormente [Infra §68], que demuestra la evidente inaplicabilidad material del artículo 35 de la Convención de Viena, y por lo tanto, las disposiciones ulteriores sobre la conformidad de los bienes objeto del contrato, permite concluir que existía una exclusión real y consciente de dichas normas, que se configuró en el momento en el que las Partes, en uso de la autonomía de la voluntad, decidieron pactar como ley aplicable los principios generales de los contratos internacionales, dándole expresamente la calidad de aplicabilidad como “reglas de derecho” y sin determinar un carácter supletivo o de menor jerarquía que la Convención de Viena. Todo lo anterior, es además ratificado por el Demandante [Escrito de Demanda §106].

70. Entonces, es pertinente encontrar dentro de dichos principios, aquellos que individualmente regulen el asunto de controversia. En este sentido, la Parte Demandante considera como los principios aplicables a la controversia en relación con la conformidad de los bienes, los principios *caveat emptor* y *arm’s length*, principios generales de los contratos internacionales aceptados, aplicados en numerosas transacciones internacionales y analizados ampliamente por la jurisprudencia, los tribunales arbitrales y la doctrina [ORTEGA, RODRIGUEZ ANTOLIN, ZAMBRANA, 2006; Foo Ah Kim v Koo Chen Lim and another; Chip Hup Hup Kee Construction Pte Ltd v Tng Peck Guek; Norwest Holdingste Ltd. (in liquidation) v Newport Mining Ltd.].

2. La ley aplicable al Acuerdo Estratégico corresponde al Derecho de Andina, teniendo en cuenta que la controversia es propiamente societaria

71. Reiterando los argumentos expuestos por los Demandados, el H. Tribunal no tiene competencia para decidir sobre los asuntos de controversia alrededor del Acuerdo Estratégico [Infra §48]. Sin embargo, y en caso de que el H. Tribunal decidiera tener competencia, y de acuerdo con el esquema de argumentación presentado, corresponde referirse a la ley aplicable al Acuerdo Estratégico del 1 de diciembre de 2010 y a las correspondientes comunicaciones entre Tlálloc y el grupo de empresas Chancas y sus accionistas.

72. Es así como las Partes del Acuerdo pactaron como ley aplicable al mismo “(...) *los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales, con sujeción, en las materias propiamente societarias, al Derecho de Andina*” [Acuerdo Estratégico, Cl. X].

a. La Parte Demandante no probó que la controversia que ocupa al Tribunal sea de materia contractual

73. La Parte Demandante alega que la ley aplicable corresponde a los principios generales, usos y prácticas aplicables a los contratos comerciales internacionales a partir del presupuesto de que “*la sociedad desde su origen y constitución es un contrato. Entonces al sostener que estamos frente a una cuestión societaria, en esencia, estamos hablando de igual manera de una cuestión contractual.*”. La Demandante llega a esta conclusión a partir de la determinación de que tanto el Contrato de Compraventa de Acciones como el Acuerdo Estratégico, corresponden a la noción de contrato de acuerdo con la doctrina [Escrito de Demanda §79].

74. Sin embargo, es importante el correcto entendimiento del problema jurídico que se plantea al H. Tribunal en relación con la ley aplicable al Acuerdo Estratégico. El mismo, se

refiere específicamente a determinar si la controversia originada entre las Partes, fuente de la Solicitud Adicional planteada por la Parte Demandante, es una controversia de materia contractual o societaria. No se refiere, tal como quiere hacerlo ver el Demandante, a determinar si las relaciones entre las Partes son o no contractuales. No se discute que entre las Partes del Acuerdo Estratégico no exista una relación de convenio, sin embargo, dicho postulado no resuelve el problema jurídico.

75. En conclusión, que el hecho de que entre las Partes exista un convenio, y que su relación jurídica esté guiada por lo consignado en dicho pacto, no es causa de que todos los asuntos o controversias a resolver, sean de tipo contractual. Una y otra cosa no puede ser consecencial en el presente caso.

b. La controversia es de materia propiamente societaria, y por lo tanto, la ley aplicable es el Derecho de Andina

76. Contrario a lo señalado por la contraparte, el problema jurídico alrededor del Acuerdo Estratégico consiste en determinar la oponibilidad de las cláusulas que no se encuentran recogidas en los estatutos y que pueden llegar a regular la relación entre los socios y con terceros, y el posible cambio de control societario de la sociedad, en este caso, Huaca.

77. En este punto, citamos a los Demandantes, quienes señalan que *“un contrato para considerarse “societario” o mejor, una cuestión de naturaleza societaria, debe involucrar los caracteres especiales de este tipo de contratos “*. Continúa, señalado que *“debe abocarse a la pluralidad de la organización creada, a las relaciones entre los socios, o bien al objeto de la sociedad, la finalidad para la que fue creada”* [Escrito de Demanda §81].

78. Siendo el punto de controversia entre las Partes con respecto al Acuerdo Estratégico, la negociabilidad, transmisibilidad y adquisición de las acciones de Huaca, la oponibilidad de las cláusulas de dicho Convenio, es decir, la posibilidad de hacer exigible una supuesta limitación a la transmisibilidad de las acciones de Huaca pactado por fuera de las cláusulas estatutarias, es claro que el mismo se refiere a un asunto propiamente societario, y en este sentido, la aplicación de la Cláusula de derecho aplicable del Acuerdo Estratégico permite concluir inexorablemente que el problema jurídico debe solucionarse de acuerdo con el Derecho de Andina [Acuerdo Estratégico, Cl. X].

79. Prueba de lo anterior, es que precisamente este asunto, tiene regulación dentro del Derecho de Andina, que se ubica dentro del Código de Comercio, en el artículo 654 y ha sido tratada por la jurisprudencia como un asunto propiamente societario [Documento de Respuesta a la Solicitud Adicional No. 1].

80. En conclusión, siendo la discusión el efecto vinculante de aquellas restricciones a la negociabilidad y transmisibilidad de las acciones que no son consagradas en los estatutos, es claro que tiene que ver con el instrumento regulador de las relaciones entre los socios, pues son los estatutos la carta de navegación de todos aquellos sujetos que mantienen una relación contractual o de cualquier otro tipo con la sociedad, en este caso, Huaca.

B. Los Demandados no incurrieron en un incumplimiento contractual

81. Considerando que las partes pactaron como Ley aplicable a la presente controversia las “Principios Generales de los Contratos Internacionales”, sin ninguna sujeción de las mismas a la Convención de Viena, la cual como quedó demostrado, no resulta aplicable, se procederá a desvirtuar el cargo mediante el cual Nazca pretende atribuir un incumplimiento a los Demandados por la supuesta entrega de bienes disconformes al Contrato.

1. Los Demandados no tenían la obligación de provisionar contingencias en su estados financieros y no se presenta una violación de garantías respecto de la buena salud financiera de la empresa y la existencia de una investigación

a. Chancas no estaba obligada a provisionar ninguna contingencia, por lo que no incumplió los principios de la contabilidad generalmente aceptados.

82. Los argumentos de la Parte Demandante se fundamentan en una lectura indebida del Informe Pericial realizado por KPMG Asesores, S.L. [Documento No. 8]. El informe en referencia tuvo como uno de sus objetivos determinar si, según los principios de contabilidad generalmente aceptados, el Patrimonio Neto de la Sociedad que se desprende de las Cuentas Anuales Auditadas de 31/12/2011, debería haber sido ajustado como consecuencia de la posible sanción que la Sociedad podría recibir del Ayuntamiento como consecuencia del vertido de residuos.

83. Para su desarrollo se acudió, tal como lo cita el Demandante al Plan General de Contabilidad de Andina, en rigor desde el 03 de enero de 1997. En el mismo se concluye que *“la Sociedad debía haber hecho su mejor estimación sobre el importe que debería pagar como multa exigida por el Ayuntamiento”* y que teniendo en cuenta que *“el hecho desencadenante de la sanción había ocurrido antes del cierre del ejercicio, y por tanto la Sociedad debía haber contabilizado una provisión en las cuentas anuales del ejercicio 2011”* (subrayado fuera del texto original).

84. El aparte subrayado establece que Chancas debería pagar la multa exigida, asumiendo que la empresa está obligada a cancelar la suma adeudada. Lo anterior, desconoce abiertamente el principio de presunción de inocencia. Según lo establecen Moreno Molina, Pleite Guadamillas y otros, en su obra *“Procedimiento Sancionador Común”*, en la cual indica que *“toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas”* y a su vez, que *“no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia.”* [MORENO, PLEITE, MORENO y GARROTE, 2006]

85. Como si no fuere suficiente, la Demandante se limita a transcribir las definiciones del Plan General de Contabilidad de Andina, citados en el Informe Contable, aun cuando las definiciones no respaldan su argumento sobre la existencia de una obligación de documentar las provisiones. Adicionalmente, se limita a reproducir las conclusiones que indebidamente se aprecian en el Informe.

86. El Plan General de Contabilidad de Andina establece que los pasivos se definen como: *“las obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones”*; a su vez, establece en la norma de valoración 17 que: *“la empresa reconocerá como provisiones los pasivos que, cumpliendo la definición legal en el apartado de normas*

de valoración, resulten indeterminados respecto a su importe o a la fecha en que se cancelarán...”.

87. Como se observa claramente, las únicas provisiones que la empresa debía documentar y sobre las cuales la Demandante sí podría alegar incumplimientos, se refieren a los pasivos, es decir a obligaciones actuales, independiente que no se hayan cancelado. Haciendo referencia a un concepto corriente de obligación, el mismo se refiere a *“un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra.”* [OSPINA, FERNÁNDEZ, pág. 20, 2005]. En otras palabras, debía existir un vínculo jurídico, como resultado de eventual fallo adverso una vez culmine el proceso sancionatorio, mediante el cual se obligara a la Empresa a cancelar una suma de dinero de acuerdo al monto de la multa que fijara la autoridad ambiental.

88. Ahora bien, de los hechos del caso no se desprende la existencia de obligaciones pendientes de pago a cargo de Huaca como consecuencia de la imposición de multas en el cargo de procesos sancionatorios. En este sentido, la valoración del Informe de Interventoría y las conclusiones a las que arriba la Demandante no tienen sustento en el Plan General de Contabilidad de Andina, pues no existen pasivos, entendido por los mismos obligaciones actuales, que debían registrarse. Por ello, al no existir pasivos que debían provisionarse no se transgredieron las disposiciones contables referidas, lo que ineludiblemente conlleva a concluir que no se pueden imputar incumplimientos a los Demandados bajo esos supuestos.

89. Ante tal realidad, la Demandante acude a otras normas de carácter internacional, en su intento de sustentar una inexistente violación de principios de contabilidad generalmente aceptados. Por tal razón, se refiere a las Normas Internacionales de Contabilidad, adoptadas por la Unión Europea. Sin embargo, la referencia a tales normas resulta selectiva y desconoce disposiciones complementarias que permiten establecer que los balances de Huaca, se ajustaron en todo momento a las mismas. En particular, resulta pertinente resaltar que la norma sobre provisiones, activos y pasivos contingentes establece que:

“En casos muy especiales o raros, por ejemplo cuando la empresa ha sido objeto de una demanda judicial, puede no quedar claro si la misma tiene una obligación presente. En tales circunstancias, se considera que el suceso ocurrido en el pasado ha dado lugar a una obligación presente si, teniendo en cuenta toda la evidencia disponible en la fecha del balance, es mayor la probabilidad de que exista una obligación presente que de lo contrario. La empresa procederá a reconocer una provisión para cubrir tal obligación presente siempre que se cumplan el resto de las condiciones para su reconocimiento descritas en párrafos anteriores. Si hay menos probabilidad de que la obligación presente exista que de lo contrario, la empresa procederá a revelar la existencia de una obligación contingente, salvo en el caso de que sea remota la posibilidad de salida de recursos que incorporen beneficios económicos para cancelarla.”

90. Un confrontación de los supuestos contenidos en la norma y los hechos del caso permiten establecer que son pocas las probabilidades de que se genere una obligación a cargo de HUACA, por un futuro fallo en el proceso administrativo al que se refiere la Demandante – proceso a cuyo expediente no se tiene acceso [Orden Procesal No. 4]- , razón por la cual no tenía la obligación de reconocer provisiones en los estados financieros a corte del 30 de marzo.

91. Así las cosas, se observa que bajo ninguna de las normas de contabilidad aplicables referidas por la Demandante se puede atribuir a los Demandados responsabilidad por la no inclusión de provisiones en los estados financieros, pues no existían provisiones que reportar.

b. Los Demandados no incumplieron las manifestaciones y garantías plasmadas en el contrato.

92. La Demandante hace referencia a unos supuestos incumplimientos por parte de los Demandados por ocultamiento de un litigio en curso y datos sobre la salud financiera de la empresa [Escrito de Demanda §118]. Sobre las mismas, indica la Demandante lo siguiente:

“...si bien, podría ser discutible la naturaleza jurídica del inicio de una investigación preliminar, en cuanto a si la misma constituye un procedimiento administrativo ordinario propiamente dicho o una etapa preparatoria de este, lo que no es discutible por la adversa es que tal circunstancia mencionada anteriormente, afecta sustancialmente la expectativa de nuestra representada, la firma NAZCA, sobre la conformidad del bien, existiendo pasivos ocultos en las cuentas anuales auditadas de fecha 31 de diciembre de 2011 presentadas a NAZCA, de alrededor de 550.000 euros, los cuales configuran más de un 30% del valor total de la Sociedad HUACA, afectando claramente la “calidad” de los bienes que han sido adquiridos por nuestra mandante y reduciendo indefectiblemente el valor de la sociedad en esa cantidad” [Escrito de Demanda §119].

93. Las supuestas violaciones a las garantías y manifestaciones alegadas por la Demandante serán desvirtuadas en el orden planteado por la misma.

94. En primer lugar, el incumplimiento de una manifestación por ocultar la existencia de una investigación preliminar es discutible, compartiendo lo esbozado en la demanda. Es más, el Demandante pone en tela de juicio si a la misma se le puede catalogar como un procedimiento administrativo.

95. Por su parte, en las Aclaraciones al Caso [Orden Procesal No. 4] se establece que “*la apertura del expediente de investigación no supone automáticamente la apertura de un expediente sancionador, como tampoco la imposición de una sanción administrativa.*”

96. Vale recordar que la manifestación suscrita en el contrato de Compraventa de Acciones de Huaca establece que la parte vendedora manifiesta que a la fecha de firma del presente contrato de compraventa, no se encuentra incurso en ningún tipo de litigio o arbitraje, o procedimientos administrativos o penales.

97. Dicha manifestación no se vulneró a la fecha de celebración del contrato, pues la investigación adelantada por la autoridad ambiental competente se desarrolla en el marco de una política medio ambiental implementada por el nuevo Gobierno desde inicios de 2011, la cual consiste en la realización de controles sobre vertimientos en el Río de Topoma.

98. Por lo tanto, las investigaciones preliminares realizadas desde 2011 por parte de la autoridad ambiental no suponen el inicio de procedimientos sancionatorios ambientales, sino

la mera ejecución de labores de supervisión por parte de las autoridades. Lo anterior supone que a la fecha de celebración del Contrato Huaca no se encontraba inmiscuida en algún tipo de proceso, por lo que no se presenta una violación de la manifestación contractual.

99. Por otro lado, las cuentas anuales auditadas cerradas a 31 de diciembre de 2011 se firmaron “SIN SALVEDADES” [Documento No. 3], siendo falsa cualquier aseveración encaminada a pretender desconocer tal realidad. Como se demostró anteriormente, Huaca no se encontraba ni se encuentra en la obligación de pagar la suma equivalente a 550.000 € por la imposición de sanciones ambientales. Las conclusiones expuestas en el informe y los argumentos de la Demandante carecen de sustento fáctico y jurídico en la medida en que no existen criterios para determinar la posibilidad de una sanción en contra de Huaca, tal como se puede verificar en las Aclaraciones al Caso en la letra d. *sobre vertidos de residuos y los expedientes de investigación y sancionador*.

100. En dicho aparte se deja absoluta claridad de los siguientes puntos: (i) la investigación adelantada no suponía la apertura de un expediente sancionador; (ii) no existe prueba que permita establecer que los niveles de contaminación obedecen a los vertimientos realizados por Huaca, pues es claro que a lo largo del río Topoma se ha permitido el establecimiento de varias empresas; (iii) la investigación no se inició por los vertidos realizados por Huaca, sino para clarificar la procedencia de los vertidos ilegales detectados; y (iv) finalmente, se desconocen los detalles del expediente, pues a la fecha no se tiene acceso al mismo, por lo que cualquier valoración sería anti técnica, encontrándose en el campo de la especulación.

101. Por lo anterior, no existen fundamentos que permitan a la Demandante afirmar que la empresa incurrió en “*el incumplimiento de la normativa con un vertido superior al autorizado*” [Escrito de Demanda §139] o que la empresa tiene la obligación de registrar un pasivo en sus estados financieros equivalente a 550.000 €, suma fijada sin criterio alguno, asumiendo la responsabilidad de la misma en el marco del proceso sancionatorio. Así las cosas, no existe incumplimiento de la manifestación del contrato, donde se indica que todas las provisiones que los principios de contabilidad generalmente aceptados en Andina fueron incluidos en los Estados Financieros.

2. Los Demandados actuaron conforme a los Principios Generales de los Contratos Internacionales

102. La Demandante alega que los Demandados incurrieron en una serie de violaciones de los Principios Generales de los Contratos Internacionales, particularmente el deber de buena fe. Sin embargo, en su análisis la Demandante desconoce los deberes que a la misma le asistían en el marco de la celebración a la hora de valorar la oportunidad de negocio y las múltiples variables que supone la celebración de un negocio de tal magnitud, como es la adquisición de acciones de una empresa.

103. Así, pretende desestimar su indebida valoración del negocio y los efectos de su negligencia, sin considerar que ambas partes se encontraban en un plano de igualdad en la negociación y que la compradora decidió no desplegar procesos de verificación ni de *due diligence*.

104. En este orden, se procederá a demostrar que (i) las partes se encontraban en igualdad de condiciones en la negociación y que (ii) la Demandante incumplió con su deber de informarse en la etapa previa de la celebración del negocio.

a. Las Partes se encontraban en igualdad de condiciones en la negociación del Contrato

105. Las Partes al haberse encontrado en igualdad de condiciones durante la etapa de negociación del Contrato, debían desplegar los mismos deberes de diligencia para valorar los riesgos que suponía la adquisición y venta de la empresa. Sobre el particular, resulta necesario destacar una serie de hechos que permiten fijar las condiciones en las cuales se celebró el negocio. En primer lugar, la celebración del negocio se llevo a cabo en condiciones de mercado, en el cual las partes cruzaron sendas comunicaciones sobre las calidades y cualidades de la empresa, las cuales no restringían actividades adicionales que cualquier podría ejecutar para tener una debida valoración del mismo.

106. A su vez, los hechos del caso establecen que la demandante había adelantado un estudio preliminar de mercado mediante el cual pudo valorar tales condiciones y el potencial de expansión que le brindaba HUACA [Notificación de Arbitraje Hecho No. 6]. Finalmente, el precio, se fijó mediante una oferta de NAZCA, aceptada en condiciones de mercado por los Señores Inca, Huallpa y Valera.

107. Tales hechos evidencian el marco en el cual se negoció y celebró el presente contrato, cuyas etapas negociales tienen sustento en el principio de Arm's length. Sobre el mismo, la doctrina ha establecido que *“en economía esta frase es utilizada para definir las transacciones comerciales hechas en igualdad de condiciones entre el comprador y el vendedor, así como a los precios regidos por las leyes del mercado, o sea, con independencia de las partes, en la que cada una se mantiene separada por la misma distancia”* [CHAVEZ AGUAYO, 2011].

108. La independencia a la que se refiere el concepto en referencia implica que las partes tenían plena autonomía para desarrollar una investigación de mercado suficiente que les proporcionara los elementos necesarios para la toma de decisiones. Lo anterior, destacando que las mismas deben estar antecedidas por un cuidadoso análisis interdisciplinario que permita obtener una debida valoración, reduciendo los márgenes de error. [THOMPSON, 2005]

109. Las condiciones de mercado descritas y la autonomía que revisten las partes para la toma de sus decisiones implican, entonces, que su conducta se deba analizar a la luz del comercio internacional y los principios que regulan la celebración de contratos transfronterizos. Pues bien, la paridad en las condiciones supone que no hay una sujeción de una de las partes a la otra que la libere de desplegar las medidas necesarias para celebrar sus negocios, razón por la cual no puede pretender desconocer su inobservancia.

b. La Demandante faltó a su deber de debida diligencia

110. Considerando que las transacciones internacionales se desarrollan en ámbitos de libre mercado, las partes deben valorar una serie de variables que confluyen para reducir el margen

de error en la toma de decisiones. Bajo ese entendido, las partes involucradas deben comportarse diligentemente para asegurar que se valoren debidamente todos los supuestos involucrados en la celebración del negocio, considerando los riesgos que puede suponer su inversión, por lo que no se puede atribuir responsabilidades a terceros por su falta a aquellos.

111. Dicho deber de diligencia también se enmarca en el principio de la buena fe que la parte Demandante alega. Sin embargo, en su valoración de tal principio desconoce que bajo este, el comprador en un negocio jurídico debe comportarse conforme al mismo.

112. Sobre el particular, resulta necesario precisar que la buena fe tiene una concepción dual a partir, entendida por Solarte Rodríguez de la siguiente forma: *“por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento; por otra parte, se señala que la buena fe equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico.”*[SOLARTE RUIZ].

113. Ahora bien, delimitando el estudio a la forma en que una persona debe comportarse en el tráfico jurídico, se debe hacer mención al concepto de la buena fe subjetiva la cual se entiende como la *“creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad.”* [DIEZ PICASO y PONCE DE LEÓN, 1963]

114. Dicha diligencia, se mide conforme a las capacidades y calidades de cada sujeto, razón por la cual en materia comercial se acude a un estándar de conducta comparable al de la actitud de un empresario experto y no al concepto tradicional del buen padre de familia, al cual se le exigen estándares de diligencia menores.

115. Pues bien, en este punto resulta necesario destacar que la Demandante, Nazca, es la sociedad matriz del grupo Nazca Empresas, un grupo internacional, presente en 25 países, marca renombrada por su alta calidad y variedad que desde hace más de 7 años se encuentra en plena expansión en los mercados de Andina [Hecho No. 7 de la Notificación del Arbitraje]. Lo anterior, da fe de su amplia trayectoria y experiencia en el comercio de productos transfronterizos, así como de casa matriz de una serie de empresas.

116. Sin embargo y muy a pesar de su reconocida trayectoria, Nazca tras iniciar su proceso de expansión en Andina simplemente se limitó a informarse sobre la estructura del sector de la producción y distribución en el país, y pidió referencias a terceros para confirmar sus impresiones sobre Huaca. No obstante, consta en los hechos del caso que Nazca *“no realizó un proceso de revisión de la documentación tipo due diligence o auditoría alguna de HUACA con anterioridad a la adquisición, sino que examinó las cuentas anuales, y confió en el informe de auditoría sin salvedades.”* [Orden Procesal No. 4].

117. En otras palabras, decidió adquirir las el 100% de las acciones de Huaca sin desplegar ninguna actividad tendiente a valorar el activo que pretendía adquirir, aun cuando el mismo le permitiría llevar a cabo sus planes de expansión. La Demandante, entonces pretende excusar

su absoluta negligencia y valorar indebidamente el principio de la buena fe, el cual abiertamente vulnera, para pretender atribuir a los Demandados la responsabilidad de su vulneración. Vale recordar que a la fecha de la celebración del contrato no se presentaba la apertura de un expediente sancionador y que solo se tenía conocimiento de una investigación ejecutada en el marco de una estricta política gubernamental de protección ambiental.

118. Una empresa de las características de Nazca, debía desplegar un proceso de *due diligence* que le permitiera valorar a profundidad el objeto de su adquisición. Se ha dicho que el “*due diligence, es una de las etapas más importantes en el entorno de los procesos de Compra Venta de Empresas*” representado una “*revisión del negocio de la empresa a adquirir, con el objetivo de confirmar (o desestimar) todas las hipótesis sobre las que se ha tomado la decisión de adquisición.*”[LEGORBURO, 2011]

119. Entre las actividades que normalmente se repiten en todos los *due diligence* en la compraventa de empresas se destacan los siguientes:

“(…)

- *Antecedentes de la Transacción*
- *Visión general del negocio*
- *Organización de la empresa*
- *Análisis del negocio*
- *Análisis financiero de la empresa*
- *Sistemas de información y control*
- *Contingencias fiscales*
- *Contingencias medioambientales*
- *Gestión de riesgo y de seguros*
- *Contingencias jurídicas*
- *Contingencias laborales*” (subrayado fuera del texto original).

120. Lo anterior, implica que la empresa debió analizar las contingencias medioambientales, considerando que desde comienzos del año 2011 la autoridad competente ha intensificado los controles de vertidos, siguiendo así la actual política medio ambiental marcada por el nuevo gobierno [Orden Procesal No. 4]. Sin embargo, el estudio se omitió en su totalidad pretendiendo atribuir responsabilidad a los Demandados por su falta de negligencia.

121. Aquí conviene recordar que “*las cargas de diligencia y cuidado que las partes deben observar en la etapa del perfeccionamiento del contrato y que el profano no se halla sustraído de su deber de informarse, lo que implica que su debilidad no le atribuye un derecho a la pasividad. Sin embargo, vale mencionar, para efectos del deber de información, el distingo que Le Tourneau hace entre el profesional y el profano: “Maestro de su técnica, él [el profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas”* [TORNEAU, 1987]

122. En el mismo sentido se pronuncia el Código Civil de Andina, el cual en su artículo 386 establece que:

“(…) 2. El vendedor no estará obligado con respecto a los vicios aparentes y de los cuales el

Comprador pudo convencerse por sí mismo.”

123. Y el artículo 390 en el cual se dispone:

“(…) 2. En caso de venta de empresa, sólo existirá responsabilidad cuando la evicción o los defectos afecten de manera decisiva al desarrollo de la actividad, y no habrían resultado aparentes a un comprador que ejercitase la diligencia exigible a un ordenado empresario.”

124. A su vez, en la Sentencia Del Tribunal Supremo De Andina, Caso Acclahuasi C. Pachacámac, De 2 De Junio De 2009, Rep. Jur. 2009/678 se indica lo siguiente:

“Esta valoración es coherente con el principio de diligencia debida, exigible en la adquisición de conjuntos de bienes, y debe ser específica para dicha adquisición, pues, si seguimos el texto de la ley en materia de Informe de experto, el mismo no debe ser designado por las partes, de modo que no basta que el comprador confíe en el informe de auditoría exigible por la ley para las cuentas anuales, por cuanto la diligencia de un adquirente no puede limitarse a comprobar que la sociedad cumple el mínimo legal establecido por el orden societario.”

125. Por lo tanto, no puede establecerse que una concepción absoluta del deber de información, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, ya que el límite o el confin de la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto [Laudo *Municipio de Santiago de Cali contra Compañía Suramericana de Seguros S.A.*, 2006].

126. Como se observa, los Demandados proporcionaron la información suficiente a Nazca para que tomara una decisión sobre la adquisición de la empresa, una vez culminara su estudio de mercado y se informara sobre las variables que se desprenden del negocio. Por tal razón, no es de recibo que ante su absoluta negligencia se le pretenda atribuir a los Demandados responsabilidad alguna por la violación al principio de buena fe y colaboración negocial que el aquél infringió.

2. El Acuerdo Estratégico no es oponible a los Demandados de conformidad con la ley de Andina aplicable a la controversia

127. Como ya se estableció [§ 78-80], la controversia frente al acuerdo estratégico debe ser revisada a la luz del derecho de Andina, pues el limitar la negociabilidad y transmisibilidad de las acciones o participaciones en sociedades, claramente constituye un tema societario, temas que según la cláusula X del Acuerdo [Documento N° 2 de la Solicitud Adicional], deben sujetarse a lo estipulado en el derecho de Andina.

128. El artículo 654 del Código de Comercio de Andina [Documento N° 1 de Respuesta a la Solicitud Adicional] establece que “...Sólo podrán imponerse restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones cuando las mismas estén contempladas en los estatutos de la sociedad.” Frente al mismo punto, la jurisprudencia respalda este sentido. El Tribunal Supremo de Andina en sentencia de 12 de abril de 2007, caso Viracocha vs Yahrar

[Documento N°1 de Respuesta a la Solicitud Adicional], afirmó que los efectos de los pactos firmados por los socios, pero no incluidos en los estatutos, no son oponibles a la sociedad, es decir no la vinculan.

129. Teniendo en cuenta lo anterior, y que el Acuerdo, si bien fue suscrito por los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, nunca fue incluido en los estatutos de la sociedad Chancas, se puede asegurar que dicho Acuerdo no es oponible a la sociedad Chancas. Por lo tanto, no se tendría como válida la limitación a la transmisibilidad de las acciones establecida en la cláusula VIII del Acuerdo. En otras palabras, no están obligados los señores demandados a cumplir con el supuesto derecho de preferencia que alegan los señores demandantes.

3. En subsidio, el Acuerdo Estratégico no es fuente generadora de obligaciones en los términos que propone la Demandante

130. En todo caso, si el Tribunal Arbitral considerara que la controversia que se suscita es de carácter contractual y no societario, habrá de tenerse en cuenta lo siguiente: los Demandantes aducen la existencia de un incumplimiento del acuerdo estratégico, reconociendo por la vía de este aserto la validez del Acuerdo. Sin embargo, el alcance dado a aquél es incorrecto, puesto que es un documento marco donde los firmantes establecen, de manera general y amplia, las bases para futuros acuerdos, y no un acto generador de obligaciones en la forma como lo aseguran los demandantes. [Memorial demandante § 187].

131. En otras palabras, el propósito del Acuerdo no es otro que consultar, cooperar y coordinar la forma como los signatarios participan en el mercado relevante de bienes, y no, como lo plantea la parte actora, someter importantes decisiones comerciales a la aprobación de dichos partícipes. A continuación, esta defensa pretende demostrar, por qué la tesis planteada por los demandantes carece de sustento jurídico.

a. No existió contrato de compraventa de acciones entre TLALOC y CHANCAS.

132. Los demandantes aseguran que el 7 de marzo de 2012 se celebró un contrato de compraventa de acciones entre Chancas y Tlálloc, en el cual, la primera se comprometía a vender el 50% de las acciones de Huaca, y la segunda, en contraprestación, a pagar un 70% del valor contable por acción [Escrito de Demanda § 191]. Sin embargo, es nuestro propósito demostrar que dicho negocio nunca se perfeccionó.

133. Según el Art. 2.1.1 de los Principios UNIDROIT, el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por una conducta que sea suficiente para inferir la existencia del acuerdo.

134. Se observa en los Documentos 3 a 6 de la solicitud adicional, que Tlálloc y Chancas sí iniciaron tratativas en aras de lograr un acuerdo frente a la venta de las acciones; empero, nunca se concretaron. Como se advierte de manera precisa en el Documento N° 4 de la solicitud adicional, al faltar “detallar con cuidado” las condiciones de pago y las manifestaciones y garantías, contenido que se entendía necesariamente como esencial por el propio contexto del negocio y, sin el cual los suscriptores no pudieron haber aceptado la oferta, y por ende, no se pudo haber perfeccionado el contrato.

135. Según el Art. 2.1.13 de los Principios UNIDROIT, cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo[Comentarios a los Principios UNIDROIT, Art 2.1.13].

136. Así pues, en el presente caso, es claro que en la comunicación enviada el día 8 de marzo de 2012 a Tenoc [Documento N° 4 de la solicitud adicional], Tlálloc más que aceptar una oferta formulada, contrapropone, con mayor detalle, las cuestiones referentes a las condiciones de pago, manifestaciones y garantías; información que nunca fue remitida y, por ello, nunca pudo haber aceptación. No puede entonces tenerse como válida la afirmación de los Demandantes, según la cual el 7 de marzo de 2012 se perfeccionó un contrato de compraventa entre Tlálloc y Chancas, dado que, al haber existido una contrapropuesta y no una aceptación, no se pudo haber perfeccionado dicho negocio.

b. Los demandados no violaron el derecho de adquisición preferente de Tlálloc.

137. Como ya lo mencionamos [supra § 129], del Acuerdo no se desprenden o nacen obligaciones para las partes, pues este es un documento, como se puede apreciar de manera clara [Documento N° 2 de la solicitud adicional], que buscaba “explorar vías conjuntas de colaboración”, por lo cual, no se puede asegurar que del mismo se desprenda el deber de respetar el supuesto derecho de adquisición preferente que dicen los demandantes nuestros defendidos violaron.

138. En todo caso, si se considera que en la cláusula VIII del Acuerdo [Documento N° 2 de la solicitud adicional], denominada “Desinversión”, sí se desprende, como lo aseveran los Demandantes [Escrito de Demanda § 192], por un lado, el derecho de adquisición preferente para unos, y el deber de respetarlo, para otros; debe precisarse que aun así, tampoco existiría incumplimiento alguno por parte de los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera, como se demostrará.

139. La cláusula VIII del Acuerdo dispone “...cuando alguno de los firmantes se proponga transmitir una participación significativa en una de las sociedades o vender activos estratégicos, y/o uno de los firmantes haya manifestado su interés estratégico en dicha participación o activos, los firmantes que deseen vender entablarán negociaciones (subrayado fuera del texto original) previas con los demás firmantes para explorar la posibilidad de transmitir los activos de un firmante a otro...” Así pues, queda demostrado que la obligación está en negociar con los demás firmantes, si es que alguno estuviese interesado, y no en venderle efectivamente a uno de ellos.

140. En este orden de ideas, y apoyados en los Documentos 3 a 6 de la solicitud adicional, es dable asegurar que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera sí entablaron negociaciones con Tlálloc, sólo que, como ya se mencionó, faltaron aspectos importantes por definir, como lo demuestra el Documento N° 4 de la solicitud adicional, que impidieron concluir de manera satisfactoria dicho. Es decir, nuestros defendidos cumplieron con el deber de respetar el supuesto derecho de adquisición preferente supuestamente contenido en el Acuerdo desde el momento mismo en que iniciaron negociaciones con Tlálloc, sin importar que dichas conversaciones no hubiesen llegado a concretarse en un negocio.

c. Los demandados no tienen que indemnizar a Tlálloc.

141. Según los demandantes nuestros defendidos deben pagar, a título de indemnización, por los supuestos perjuicios ocasionados por la presunta violación del Acuerdo Estratégico y el hipotético Contrato de Compraventa de Acciones suscrito entre Chancas y Tlálloc, la suma de tres millones de euros (€3.000.000). [Escrito de Demanda § 205]

142. Sin embargo, al no ser la intención de las partes el consagrar derechos y obligaciones en este sentido cuando regularon de forma amplia su participación en el mercado, no tendría lugar que se alegara, con prosperidad, la existencia de un incumplimiento imputable a los aquí Demandados, sustento aducido de la indemnización deprecada.

143. En consonancia con lo ya expuesto, si este panel arbitral, consideran que del Acuerdo sí nacen obligaciones, incluida la de indemnizar en caso de incumplimiento, esta defensa considera que los señores Atahualpa Inca, Huáscar Huallpa y Blas Valera no le es imputable dicha sanción. Con todo lo anterior, si por alguna razón el honorable tribunal considera que nuestros defendidos con su actuar son sujetos a algún tipo de sanción, no debe ser ésta una tan elevada.

144. La cláusula IX del Acuerdo consagra las sanciones pecuniarias a las que habría lugar en caso de incumplimiento del mismo. En caso de incumplimiento de obligaciones formales que no afecten sensiblemente la posición patrimonial de los perjudicados, la cantidad a pagar oscila entre 100.000 y 500.000 euros; si por el contrario sí afecta de manera sensible la posición patrimonial de los afectados, sería hasta de 3.000.000 de euros.

145. Teniendo en cuenta que la parte demandante en ningún acápite de su memorial de demanda justifica que el supuesto perjuicio haya afectado su posición patrimonial de manera sensible, esta defensa considera que la indemnización procedente no deberá exceder de los 500.000 euros, pues las actuaciones de nuestros defendidos no afectaron de manera sensible la posición patrimonial de los reclamantes. De hecho, la operación de Huaca no ha variado ostensiblemente como consecuencia del contrato celebrado entre Nazca y Chancas, no puede alegarse que exista un verdadero perjuicio, tal como pretende alegarlo Tlálloc.

PETITORIO

Con base en las consideraciones esgrimidas en el documento presente, solicitamos al H. Tribunal:

- i) Que se declare la falta de competencia para decidir conjuntamente las materias suscitadas al hilo del Acuerdo Estratégico.
- ii) Que la ley aplicable al Contrato de Compraventa no es la Convención de Viena, sino los principios generales de los contratos comerciales internacional y en lo no resuelto por ellos, la ley de Cervantia;
- iii) Que declare que la ley aplicable al Acuerdo Estratégico y las Comunicaciones sostenidas entre Tláloc y los Demandados es, por vía de lex mercatoria o principios generales, usos y costumbres del comercio internacional, los Principios Unidroit.
- iv) Que declare que los Demandados no incurrieron en un incumplimiento contractual consistente en la entrega de bienes (en este caso, acciones de una sociedad), no conformes con el contrato, de acuerdo con lo dispuesto en las disposiciones de Derecho Uniforme aplicables al caso.
- v) Que Nazca posee carece del derecho a una indemnización de daños y perjuicios, así como carece de derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivados de la penalización de la actividad de Huaca.
- vi) Que además, declare que el Acuerdo Estratégico corresponde a un convenio marco y no es generador de obligaciones.

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- Moot Madrid: diez años de historias
- Caso I (año 2009)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Autónoma de Madrid
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad Islas Baleares
- Caso II (año 2010)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid
- Caso III (año 2011)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad Carlos III de Madrid
- Caso IV (año 2012)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Carlos III de Madrid
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad de Los Andes y Universidad Carlos III
- Caso V (año 2013)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad de Versailles St-Quentin-en-Yvelines
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad del Rosario
- Caso VI (año 2014)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón y Universidad Católica de San Pablo
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad Pablo Olavide de Sevilla
- Caso VII (año 2015)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón
 - Escrito Contestación Ganador: Centro Universitario Villanueva
- Caso VIII (año 2016)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad de Cádiz y Universidad Carlos III de Madrid
- Caso IX (año 2017)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Nacional Asunción
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad Jaume I de Castellón
- Caso X (año 2018)
 - Escrito Demanda Ganador: Universidad Jaume I de Castellón
 - Escrito Contestación Ganador: Universidad de Nariño